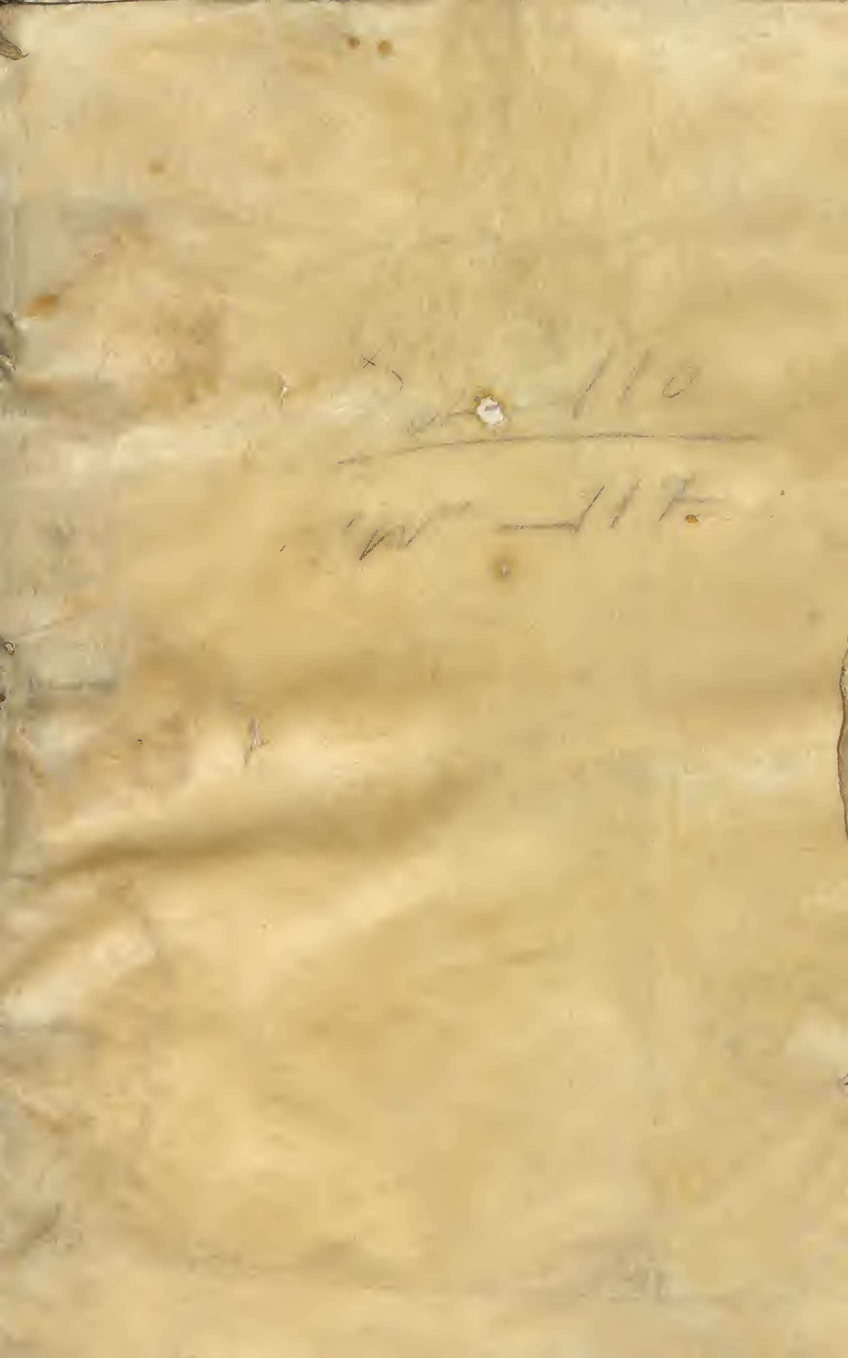
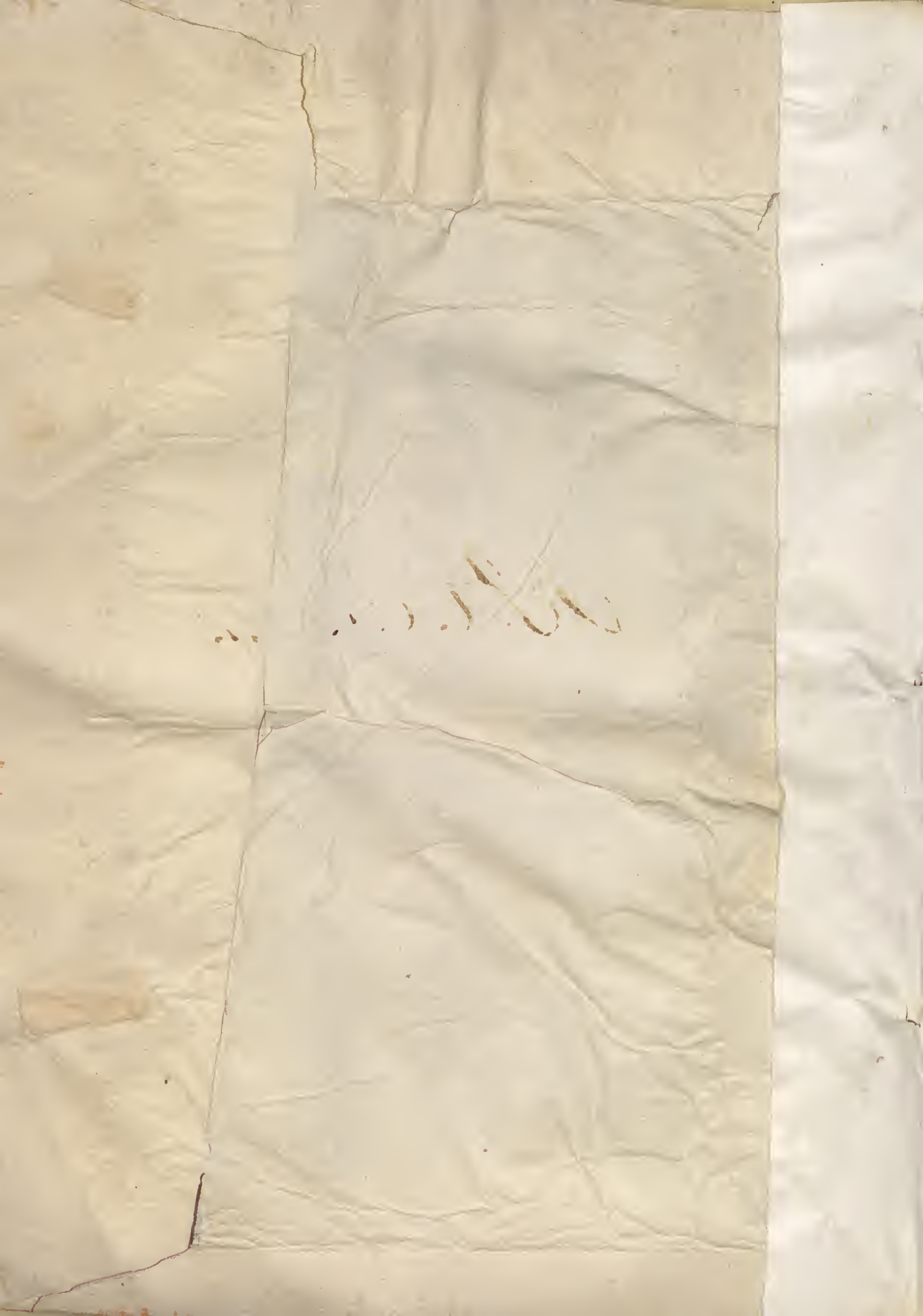




1. Sre. la Validez del Testamento de Lucrecia Cattaño.

2. Sre. n.[?] de la profesion de Fr. Joseph de Escobar

3. La verdad desnuda.

4. Discurso juridico en defensa de la immunidad ecca.

5. El Cabildo de Sevilla sre lo mismo.

6. Por las hermandades de Venes. Sacerdotes, Sta Caridad y Misericordia con Dn. Pedro Corvet[?] sre Mayorazgos.

7. Informe juridico por el Fiscal Ecco. de Zafra con el Diocesano fiscal de Badajoz, sre jurisdicion.

8. Discurso legal por el Guardian de Capuchinos sre el Sitio que han de ocupar en concurrencia con otras Religiones.

9. Representacion de los Priores del Consulado de Sevilla en 1705 al Rey sre. Cuentas.

1.

✠

DEFENSA JURIDICA

SOBRE

LA VALIDACION DEL TESTAMENTO QVE en la Villa de Manſanilla, partido de Sevilla en eſtos Reynos de Caſtilla en 2. de Septiembre de 1597. ante Gabriel de Alvarado, Eſcrivano de dicha Villa, otorgò Lucrecia Cataño *Doncella*, è inſtituyò por ſu vniverſal heredero à D. Franciſco Perez de Guſman, hijo legitimo de D. Alonſo Ortiz de Leiva, y Doña Inès Perez de Guſman ſu Muger Señores de Torralva.

DEFIENDESE LA SOLIDES

DE ESTA INSTITVCION, Y QVE PVDO, y tuvo facultad para ello ſin embargo de las circunſtancias de la clauſula del teſtamento de Paſqual Cataño, ſu Padre, que otorgò en Sevilla à 16. de Mayo ante Alonſo de Cazalla Eſcrivano Publico de ella en el año paſſado de 1564.

HECHA POR

EL M. R. P. M. F. MIGVEL GARREGA, DEL ORden de San Auguſtin, Prior que ha ſido de los Conventos de Murcia, y Sevilla Caſa Grande, Rector quatro vezes del Colegio de S. Acaſio, Viſitador de eſta Provincia de Andaluzia, y Examinador Synodal del Obiſpado de Cartagena de Levante.

CLAVSVLA DEL TESTAMENTO DE PASQVAL CATAñO.



De todos los demas bienes que quedaren è fincaren, por virtud de este dicho mi testamento: dexo el remaniente de todos mis bienes semovientes, raizes, deudas, derechos, y acciones, que en todo el remaniente de todos mis bienes, despues de aver cumplido è pagado todo lo contenido, en este mi testamento, assi de lo que tengo en Genoba, y en España, y en la nueva España, y en otras qualesquier partes que lo tenga è me pertenece; que los aya, y herede Lucrecia Cataño, mi hija natural (que la huve de vna India de la Ciudad de Mexico soltera, y no cassada) *por mi vniversal, y legitima heredera.* Quiero que los aya, à la qual los mando, y dexo por la *mejor via que de derecho aya lugar*: La qual es de diez y nueve años poco mas à menos. Con cargo la dexo por heredera à la dicha Lucrecia Cataño mi hija que *no se pueda Casar sin licencia, y voluntad de Polo Cataño mi her mano*, y de la dicha *Doña Blanca mi muger.* La qual ha de estar en su Compañia, è debaxo de su mano hasta tanto que la casen, y con voluntad assi mismo de *Juan Ponze* Curador de su persona, y bienes, y tutor mientras estuviere por Casar en compañia de la dicha, estando la dicha en abito vidual, y no en otra suerte, &c. *Et post. Y si la dicha Lucrecia Cataño se casare contra la voluntad de los dichos; mando que no le sea dado, ni pagado, ni herede cosa alguna,* y lo aya, y herede Francisca, y Antonia Cataño mis Sobrinas tanto à la vna como à la otra de la mitad de todos mis bienes, y la otra mitad al Monasterio de Santa Brigida de la Ciudad de Genoba, para que le impongan en Renta perpetuamente, y en la Capilla que en su Iglesia tienen sus antecessores, lo digan de Missas pagadas à ocho sueldos, moneda de Genoba cada vna, segun las que cupieren por esta limosna aplicadas por el alma de Juan, y Geronimo Cataño mis hermanos *Et Posteat*, dize: que si fuere Monja que no se le den à dicha Lucrecia Cataño de sus bienes mas que *quinientos ducados, y si se casare con las dichas licencias,* y acaesiere finamiento *sin tener hijos* legitimos, y de legitimo matrimonio, mando que todos los dichos bienes con lo que huvieren rentado, y multiplicado lo ayan, y hereden por mitad las dichas mis Sobrinas, y la otra mitad el dicho Monasterio de S. Brigida, con el cargo de las Missas dichas, &c. *Et postea*: y si se entrare Monja le señalo los quinientos ducados, y mas dies de renta en cada vn año, y los demas bienes por mitad à las dichas sus sobrinas, y dicho Monasterio: *Et postea.* E da poder à Juan Ponce su tutor el de derecho necessario para que imponga las rentas, cuide, y dè à dicha Lucrecia lo necessario *Et postea*: que la dicha Lucrecia Cataño *no pueda testar en esta manda* si no tubiere hijos legitimos, è de legitimo matrimonio, *y los hijos edad pupilar, y si testare el dicho testamento sea en si ninguno*; è no la sean dados los dichos bienes, ni el multiplico de ellos: *E si no cumpliere todo lo contenido arriba ò exediere en cosa alguna mando que no aya ni herede cosa alguna, ni el multiplicado de ello*; salvo si se metiere Monja que le han de dar los dichos quinientos ducados è no mas. *En tal caso dexo por herederos de todos los dichos bienes, que se cumplieren* con el multiplico de ellos, que huvieren rentado à los Frayles de Santa Brigida de la Ciudad de Genoba para que las pongan en renta è digan las Missas, y à sus dos sobrinas Francisca, y Antonio Cataña por mitad con el Convento en la misma conformidad dicha.

PRVE_

PRVEBASE LA RESOLVCION.

LA repugnancia que en si contiene esta clausula, è impropiedad de loquusion, estilo, y conexion, lo dizen sus mismos periodos; pues vemos: à vna vniversal institucion llama manda, que es equivalente alegado. Por esso Guillermo Venedict. dize: *Testatores plerumque loquuntur impropriè: vnde ex talibus loquutionibus vulgarium, vt plurimum imperitorum sumi non debet argumentum.* Cap. Rayn. 2.p. verb. adijciens vt alteroch. num. 27. prope fin cum Bald. in tit. de suces. feud.

Vnas vezes por la cortedad de los testadores, y todas por la mala practica de los Escrivanos, son diversos los litigios que las clausulas testamentarias, ocasionan; por esso en ellas como en las leyes, estatutos, y todas disposiciones se le debe dar la legitima inteligencia pautada, y ajustada por las reglas de derecho; sientelo assi el citado Autor indic. 2.p. verb. eidem impubere sub. n. 26. vers. *Vnde verba notarij etiam inter idiotas instrumentum conficientis sunt secundum iuris interpretationum interpretanda, & intelligenda.* Cum Bart. in leg. quod sine potest quam simul legit. Cum leg. siquis filiabus ff. de testam. tutel. & alijs iurib. & autorib. quos citat. & sequitur.

En todos los estados, previno el testador, en su disposicion lo que se avia de executar con su hija natural Lucrecia Cataño; en el de Monja, en el de Casada si tuviesse hijos, y si estos estuviessen en edad pupilar, ò estuviessen en la de pubertad. Notando con bastantes circumstancias todo como que fue hecho en sana salud, è in escriptis, y que muriò serca de dies años despues de averle executado; por lo qual notava yo, el testamento se ordenaba à el estado, y condicion *si se casasse*, que es la que pone para el fideicommisso, y compendiosa substitucion: que es à lo que mas parece se asimila esta condicional substitucion; aunque en todas parece se opone à su verdadero ser è inteligencia.

Y siendo cierto: que es substitucion condicional, y no aviendo puesto la de el estado de doncella, opuesta à la que pone *si se cassare con dichas licencias, y no tuviere hijos.* (Bajo de la qual van todas las demas) parece no puede subsistir esta, faltando el verdadero significado de la condicion, que es el estado de casada; *Verba sustitutionis, cum suis expressis conditionibus debent significari*; Vicent. Fusar. de substtit. q. 6. n. 21. cum leg. Diem in princ. leg. Mæbius ff. de condit. & de Monstr. leg. quæsitum §. 1. ff. de leg. 1. Signorol. Conc. 1115. n. 3. Mantic. de conject. lib. 11. tit. 1. n. 11. vers. sed. Mascard. de probat. Concl. 1346. No verificandose llegasse à el estado de Casarse, que es la condicion por aver muerto *Doncella* Lucrecia Cataño, ni se verifica la condicion, ni existe la sustitucion: porque *deficiente conditione casus substitutionis ad casum non substitutionis reducitur.* Paul. de Castr. Cons. 282. Bursat. Cons. 97. n. 5. & 6. *quia actus resolutus pro non actu habetur.* leg. nec vllam §. 1. ff. de pet. hæredit. Aflict. decis. Napol. in 4. n. 4. in fin. & cum illis D. Valenz. Velasq. Cons. 106. n. 25. y 26. *Et semel extincta conditione, non reviviscit substitutio.* Idem Valenz. n. 30. cum alijs quos citat. & sequitur: Luego muriendo *Doncella* Lucrecia Cataño faltò la condicion, y consiguientemente quedò absoluta, pura, y desnuda heredera con plena facultad, y derecho para otorgar testamento, è instituir el heredero que quisiesse, no teniendole forçoso.

Confirmase esto mismo; con el comun sentir de los DD. que la condicion,

cion, maxime como esta: *si se casasse*, que es voluntaria; se deve cumplir en forma expecifica. leg. qui hæredi in princ. leg. mæbius ff. de condit. & de monstr. Deciu. Consf.89.n.3. Rol. à Vall. Consf. 56. n. 22. & seqq. vbi: *affirmat esse communem opinionem*. Menoch. Consf.326.n.10.& 18. & Consf.432. Mantic. tit.16.n.4. lib. sup. Peregri. de fidei comm. tit.16.n.121. Menoch. lib.4. de præsumpt. La 185. Gall. de exep. sucesion. tit.4. exepf. 24.n. 15. & seqq. p. 2. Uicent. Fusar. de subs. q. 454. n. 24. y al 25. amplia tanto esta sentada opinion, con Signor. Consf. 243. Decio. com. 284.n.15. Ruyn. Consf. 81. n. 15. lib. 2. que dize: *Ita vt perfecte, & in propissima significatione implerè debeat conditio.* Oponiendose tanto las palabras *si se casare*, à morir en estado de *Doncella* en su expecifica constitucion, tan opuesta como destructivo del estado de *Doncella*, y que vno, à otro privativamente se expelen; no se puede dezir muriendo *Doncella* se cumpliò expecificamente la condicion. Ni se verificò en propios terminos, tubiesse ser para que se le diesse formal à la substitucion.

Y aunque se puede alegar encontrario: parece la mente del testador fue *si muriesse sin hijos* entrassen las Sobrinas, y Monasterio à substituir, y que esto fue lo que quisò en dicha condicion: se responde facilmente; lo primero: porque lo que omite el testador, en lo dispositivo del testamento, y sus palabras se debe dar por omisso, Jas. Uol.3. Consf. 30. sub. n. 15. his verbis: *illud enim quod omittitur à testatore in scriptura, & prolatione verborum dispositiva habetur pro omisso.* Cum Bald. in leg. cum proponebatur ff. de leg. 2. y la razon es: que no prueba, quiera el testador sino dispone *non sufficit velle nisi disponat*. Leg. quidam cum filio, & ibi Bald. in tertio notabili expressè notat ad hoc ff. de hæred. inst. & Alex. in leg. 3. c. de liber. præterit. idem Jas. sup. n. 16. ni presume nadie ni cree, quiera el testador mas de lo que espressa en su testamento, idem num. 17. cum Bald. in leg. voluntatis adfin. C. de fid. comm. & in leg. vnica §. vbi autem C. de Caduc. tol. per text. ibi in vers. final. vbi notat, & firmat: *quod id quod quis non loquitur non præsumitur velle.*

Lo segundo: porque la substitucion directa como es esta no admite conjeturas Jacob. Phil. Porc. *Substitutio directa non inducitur ex coniecturis* Consf.43. n.9. cum leg, hæredes palam ff. de testamentis leg. Iuvemus C. eod. tit. Alex. & Jas. in leg. 3. si quis filius C. de liber. præt. vel exceredat. Y da la razon, ibi: *Quod id in onere quod testator non loquitur nec velle præsumitur.* Et confirmatur cap. inter corporalia de transl. præb. & glos. 2. ibi: Verb. invenitur, ait: *quod non exprimitur pro omisso habetur vt quidquid in arbitris id locum habeat.* Leg. cum dilectus ff. de arvitr. & cap. ad audientiam de Decim. & cap. licet de eod. tit. & cap. si de terra de privileg. Y la razon es: porque el que quiere, y puede vna cosa, si no la expressa, explica, ò dispone es evidente no la quiere, y mas en los principales medios que conducen necessariamente al fin que intenta deliberado, y prevolito en su eficaz intencion: Luego, si en el testador es el fin principal la disposicion de sus bienes; y para esta es medio la institucion, y directa substitucion que es *Secunda institutio*, se infiere por legitima consequencia, no fue su voluntad; pues no lo expressò. Y mucho mas en vn Testamento como el de nuestra especie; hecho en sana salud como queda advertido en 16. de Mayo de 1564. serrado que supone toda premeditacion, y se abriò por su muerte en 16. de Febrero de 1574. diez años poco menos, despues de hecho, que añadidos à los 19. que tenia Lucrecia Cataño, era ya cerca 29. años de edad: en que no solo podia testar por aver salido de la mi-

 nor;

noridad, y pubertad; sino que se consideraba mas dificultosa la empressa de casarse, por ser de mas de 25. años *In qua Iure Canonico*, y segun la practica de la Curia Romana, se considera passando de ellos, mas dificultoso el Matrimonio, y por esso es causa bastante *Ne innupta maneat.* Que facilita las dispensaciones de su Santidad en los impedimentos del Matrimonio.

No siendo despreciable las dificultades con que le inposibilita su Padre el Matrimonio con los tres consensos precisos para el de su Madrasta, Tio, y Tutor, clausula, y condicion escluida comunmente de los *Theologos, y Juristas.* Y que siendo contra la libertad del Matrimonio; se reputa como non aiecta, Gamma. decis. 314. Mol. de primog. l. 2. q. 13. nu. 35. Gutierr. de matrim. q.21. & Matth. ab Hif. citati. Y se convence, parece miro el Testador à impossibilitarle el Casamiento; y fue su animo heredasse, y gozasse la Herencia en estado de *Doncella.*

Y aviendo omitido este caso, y quedando fuera de lo ordenado en el Testamento, y su disposicion expressa; aunque aya la misma razon de no tener hijos en este estado; q̃ en el de *Doncella* no està incluido en la disposicion. *Nam casus contigens præter ordinationem disponentis, etiamsi in eo esset maior ratio disponendi, nunquam includitur sub dispositione.* Guill. Bened. in cap. Rayn. de Testam. in verb. si absque Liberis moreretur. 2. nu. 39. in med. cum Cyn. in leg. Quod favore, & idem notat. in cap. quamvis, & in cap. Qui non de Sacerdotali de Præbend. in 6.

Y la razon es: porque como la disposision testamentaria se regule por el afecto del disponente, y por esso *Quando quis est primus vocatus, tunc magis dilectus præsumitur.* Uicenc. Fusar. de subst. quæst. 468. num. 25. cum leg. quoties ff. de vsufruct. leg. Lutius fin. ff. de Hæred. inst. leg. cum ita §. in fideicommisso de leg. 2. Y otros muchos que sigue, y cita: y como el afecto mira à la persona que por objecto ama, no se regula por la misma razon, como practicamente vemos, entre Colaterales Parientes, llamar à vnos, y dexar à otros; y aun Comparientes muy cercanos dexar por herederos à estraños, que es la differencia que ay de la Ley, que impone el testador à la q̃ impone el Legislador; y es que està, como ordenada al bien comun, le anima la razon, que como fin le dà ser, y assi se estiende, y comprehende diversos casos, aunque no estèn expressos en la Ley; La Testamentaria como obra de voluntad, le limita el objecto que termina, que como particular la individua en su expresso no mas. Infierese por legitima consequencia, todas las clausulas prohivitivas de testar, y substitucion, en la condicion, *Si se casase* Lucrecia Cataño aviendo muerto *Doncella*, no le embaraza, ni estorva, por no estar expresso en la disposicion para ser pura, y legitima Heredera de su padre.

Y solo en este sentido, se deve entender el dicho Testamento, y su Clausula: Porque si es preciso discurrir à favor del Testamento *Testamentum enim in dubium semper præsumitur validum.* Leg. si post divitionem vbi gl. & Bart. in fin. notant. C. de jur. & fact. ignor. & Bart. in leg. l. eiusd. tit. & in leg. de jur. Cal. Bald. in Aut. Omnes Peregrin. in vltima Columna. C. comm. de Sucet. *Et semper iudicandum est in favore Testamenti.* Leg. si pars ff. de in officios. Test. cap. fin de rejudicat. Jason volum. 4. cons. 112. n. 1. vsq. 3. & cons. 174. eiusd. n. 1. & seq. cum diversis. Y la razon es: porque de otra suerte resultan contra el, mil nullitades por derecho.

Lo

Lo primero: porque es comun sentencia segun supone Spino in speculo Testam. glos. 14. de legat. sub cond. n. 45. *Quod sit vt si conditionalis institutio sequatur post puram, prævalet pura alias non esset differentia inter legata, & institutiones cum etiam in legatis non præsumatur in continenti revocatio.* Jas. in leg. si filium ff. de liberis, & posthum. & leg. reconiuncti. n. 23. ff. de leg. 3. & communis secundum Viglium in pen. §. de hæred. instit. porque se figuiera, q̃ instantaneamente el Testador se corregia, que no admite el derecho. Leg. cum ad ea, & ibi gloss. ff. de cond. & demonst. & Jas. vol. 1. cons. 39. nu. 3. & 2. vol. consil. 173. nu. 1. Lo segundo, porque *Non præsumitur mutata voluntas Testatoris.* Leg. cum hic Status in princ. ff. de donat. inter vir. & vxor. & cap. cum mayores, & ibi notata de Baptism.

Es sin duda la clausula condicional: *Si se casase, y muriesse sin hijos*, Subsiguiente à la pura institusion tan absoluta, como vniversal en que la dexa por Heredera legitima como *Mejor via aya en derecho.* Es asi; que por el derecho Español, el hijo natural nombrandole el padre, es puro, y absoluto Heredero como despues probaremos con las Leyes Españolas: Luego la substitusion à la pura institucion seguida es nulla, y variara el Testador la voluntad contra diziendose à si mismo, queriendo vna cosa, y disponiendo otra. Porque instituiendola pura Heredera, quiere puramente herede, y ponien dola condicional, suspende la heredencia. *Quia conditio de sua natura suspendit actum, & transmitionem etiam in filijs, & in actibus in quibus ali as de iure fit transmitio.* Ant. Gom. 1. tom. var. cap. 3. nu. 15. versic. 2. pro hac. cum leg. vnic. §. fin. C. de Caduc. Tol. & ibi glos. ordin. Bald. & Comm. DD. cum text. in leg. vnic. C. de his qui Ant. Pertab. & leg. heres. mei ff. ad Trabel. Y esta veleidad constituie Testamento imperfecto, y por su misma contradiccion de querer vno, y disponer otro nullo en derecho. Jas. vol. 2. const 196. num. 6. *Quando apparet Testatorem velle aliud, & alio modo disponere tale Testamentum dicitur imperfectum, & nihil valet etiam quod ad dispositum.* Cum leg. si his qui, & leg. ex ea ff. de testament. leg. fideicommissa §. quoties. ff. de leg. 3. leg. cum qui §. fin. ff. de his qui. vt indign. & declarat Angelus de Aret. in §. ex eo circa fin. instit. quib. mod. test. inferm.

Compruebase esta contrariedad: porque asi en la clausula de heredera; como en la disposicion de los dos mil ducados que à su muger Doña Blanca dexa; en caso que no observe la viudès, dispone se dèn los mil à su Heredero sin dezir condicional, vsufructuario ni otra cosa: luego la voluntad fue de pura, y absoluta institucion, y consiguientemente *Pleno iure domina*, §. pænult. instit. de hæred. qua & differet, y por la disposicion condicional *Si se casare*, y substitucion en su virtud, le constituie vsufructuaria; perplexidad clara que induce nullidad de derecho: como ser pura, absoluta, y vniversal Heredera, y vsufructuaria: *Istud autem* (dize Jas.) *continet in se contrarietatem, & perplexitatem, ergo dispositio viciatur.* Leg. si Titius. ff. de condict. instit. leg. vbi repug. ff. de reg. iur. è infiere por vltimo in vol. 3. cons. 8. num. 44. *Ergo etiam ex isto capite perplexitatis, & contrarietatis, vitiatur institutio, & sic Testamentum redditur nullum: quia imposible est, quod sit Hæres ex vniverso, & quod solum habeat vsufructum omnium bonorum.* Luego para discurrir en favor, y validasion del Testamento, es preciso dezir: es la institucion pura, y absolura, y que no subsiste la segunda condicional.

Confirmase: porque todo hijo en la porsion legitima que le corresponde, debe

debe ser instituido, ò desheredado *Expressis verbis* extremos tan essensialmente precisos, vno de ellos en el Testamento que faltando le constituie nullo. Gullerm. Bendict. in cap. dict. verb. in eodem text. relinquens 2. p. 1. nu. 12. donde solo excluie los Bastardos, ò Espurios; como en el se puede ver. Y la razon que dà es: porque instituir el hijo es forma substancial del Testamento. Con Angel. y otros 2. p. in verb. adijcens vt Alterocha. n. 28. y Ant. Gom. tom. 1 var. cap. 2. nu. 14. Circ. Med. dize: Si el hijo instituido baxo de condicion sien defecto de ella no le deshereda el Padre, justamente, y en toda forma areglada ha derecho expressando la causa de desheredarle, le compete el derecho de dezir de nullidad del Testamento: *Si vero erat filius institutus sub conditione, & in defectum eius, non exhæredatus, vel non ritè, & cum causa exhæredatus statim competit ei contra tabulas, vel ius dicendi nullum.* De que infieren los Autores, que la institution, ò exheredacion deve ser pura, y no condicional; para q̃ no se dè caso en que el hijo quede preterido. Assi Spin. vbi sup. gloss. 20. de exhæredatione n. 18. vers. quare reiecta circa fin. *Et hac de causa (suponiendo las razones dichas) Debet filius institui vel exhæredari pure; & non sub conditione* cum gl. in leg. si pater C. de instit. & subst. donde amplia; *Nam solum timor præteritionis de præsente, sed etiam timor præteritionis de futuro reddit Testamentum nullum.* Cum leg. 1. §. si pendeat ad Macedonian. & num. 16. cum 13. ff. de lib. & posthu. 4. l. 3. tit. 7. par. 6. Luego quedando preterida en su parte que de derecho natural le toca, como despues probaremos, siendo Hija natural reconocida, declarada è instituida con las clausulas condicionales, y de no testar; para q̃ no sea nullo el Testamento, se deve dezir segun derecho, fue pura, absoluta la institucion q̃ su Padre hizo en Lucrecia, y las condiciones, y substituciones siguientes nullas.

Lo segundo: porque esta perplexidad, invesilidad, y variasiones es defecto de voluntad, y en defecto de voluntad, è inperfecion por razon de ella induce clara nullidad al Testamento. Jas. vol. 2. cons. 196. n. 11. *Testamentũ patris conditum inter liberos quando est imperfectum ratione voluntatis non valet.* Cum glos. l. si his qui, & alij ff. de Testam. c. 2. glos. in leg. si parva in verb. impletur ibi Bart. & alij C. Fam. hæres. Bart. Alu. Ang. in leg. hac consultissima §. ex inperfecto C. de testam. Angel. Areti. in §. ex eo autem instit. queb. mod. testam. in firm. Siguen esta comunissima opinion todos los Antiguos; y Modernos, que refiere, y cita Escaño. de testam. q. 7. ex n. 2. refutando à Acursio. Iunior. in d. §. ex imperfect. n. 1. Y aunq̃ sea privilegiado el Testamento, como el del militar, es nullo por defecto de voluntad leg. Lutius & ibi hoc notat Bart. y lo mismo, aunq̃ sea obra pia, Convento, institucion de Missas (como el de nuestro caso) Bald. in leg. ex ea ff. de Testám. & in repetit. legis 1. in fin C. de Sacros. Eccles. quem sequitur Jas. sup. citat. y la razon es: porque la vltima voluntad segun derecho de las gentes, y natural debe ser bien ordenada, arreglada à razon, leyes y derecho. Como bien nota Ant. Gom. tom. 1. var. cap. 3. de vulg. subst. n. 3. *Nemo potest facere, quod Leges non habeant locum in suo Testamento.* Vt in leg. nemo ff. de reg. iur. & expresse tenet Din. Bald. & Ymol. in leg. si quis ita hæres instituatur si legitimus ff. de hæred. instit. & in leg. quoties §. si duo, & in leg. 1. §. si ex fundo, & leg. interdũ §. 1. cum alijs eiisd. tit. Ergo por la invesilidad contradicion ambiguedad serà nullo el testamento *ex defectu voluntatis etiam ad pias causas.* D. Covarr. in cap. velatum. n. 1. de Testam. Vivius. comm. opinion. lib. 1. opinion. 339.

So-

Solidase: porque ninguno puede instituir Heredero, *En la mejor forma, y via que de derecho aya lugar*. Sin que transmita, y transfiera en el que asi instituie las acciones activas, y passivas de la Herencia, siendo esta transmission essencial effecto de aquella institucion, *Non potest Testator hoc actu testari.* (va hablando de que el testador no puede quedar intestado in eodem actu, y respecto eiusdem) *Quod in eo non transmittat actiones activè, & passivè.* Tenent in terminis hamc. decit. Iuan. de Imol. & alii in leg. Si ita quis hæ res institutus fuerit ff. de hæredib. inst. y la razon es: porque constituiendole asi heredero segun derecho, le pone en la representasion de su propria persona acciones, y derechos. Gom. vbi sup. nu. 3. *Quia Hæres absolutè representat defuntum leg.* Hæreditas de vsu Capion. leg. hæres quoque ff. de adquir. hæred. *Si est tantum vnicus hæres, representat eum in totum.* Y esta representacion debe ser vniforme à la del Testador; luego en los derechos, y acciones activas, y passivas debe subceder el intituido heredero; luego si Lucrecia instituida heredera, segun derecho, se le quita la facultad de testar baxo de la condiciō si se casare, es Heredera, y no es Heredera? son cōtradictorios opuestos que repugnan. Es Heredera como lo suponemos. No es Heredera: porque *Pleno dominio, & vt domina.* Como dexo dicho no puede testar: luego contrariedad de voluntades, y nullidad de derecho en toda la clausula.

Por cuyo motivo en los Testamentos, y disposiciones, assi por el defecto de los manipularios que las hazen, como ignorancia de los que las disponen, para su perfecta intelligencia, se deve formar juizio legal por las clausulas vnidas todas: regulandolas por la vniversal, y principal, à la qual se deben referir todas las demas. Jas. vol. 2. cons. 173. n. 7. ibi: *Clausula in fine Testamenti posita debet referri ad præcedentem.* Cum leg. 1. in fin. C. de liber. præter. leg. 3. §. filius inter medias ff. de eod. tit. cap. 1. requiris de appel. y aunque sea la materia odiosa secundum Alexandrum cons. 101. incipit, an statum in 4. col. lib. 3. y la qualidad restrictiva o prohibente necessariamente se refierre à todo lo antecedente, vt nota Geminian. in cap. vbi periculum §. nulli de elect. in 6. & notat Bart. in leg. doli per illum text. ff. de serv. Corruct. luego aquella clausula, *no pueda testar si muriere sin hijos.* &c. Y las substitutiones en virtud de ellas se deben referir à la principal de la institucion. Conclusion expressa de Lud. Rom. cons. 112. incipien. visa premissa dubitatione, & cons. 480. incipienti. in casu propositi consultationis de duab. substitut. y principalmente, quando se sigue absurdo, ò contradiccion entre las mismas clausulas, como en la presente especie. Bart. & comm. DD. in leg. talis §. fin. ff. de leg. 1. Abb. in cap. Ecclesiæ fin. de elect.

Y la razon: porque siendo la clausula de institucion segun las leyes Españolas como consta de la ley 10. de Tor. y su concordante de la nueva recopilacion l. 8. tit. 8. lib. 5. y las demas que abajo se citaran esta clausula es vniversal, areglada à derecho: y por esta causa de superior eficacia, para explicar todas las demas subsiguientes, comun opinion como afirma Jas. Vol. 2. Cons. 198. n. 5. *Clausula generalis, & in principio posita, sive clausula præcedenti maioris efficaciæ est ad determinationem sequentium quam è contra, clausula sequens ad determinationem vel restrictionem præsedentium cum* Bart. in leg. alia, & leg. quisquis de Cond. & demonst. & in leg. siquis exargentarijs, §. si initium prim. col. Paul. de Cast. & Fulgos. in leg. 1. C. de lib. præter. cum alijs, & quod notabiliter dicit Jacob. de Aret. in leg. 4. §. si ab ignoto ff. de manu misis, quem

C refert

refert, & siquitur Bald. in rub. extra de pactis in pen. col. idem Jas. Vol. 2. Cons. 217. n. 19. Y la razon es: porque como dize Jason fundado en la opinion de Angel. Castro Ymol. y otros vol. 3. Cons. 8. à n. 41. & 42. quando la institucion, y clausula porque se haze es vniversal, y la excepcion, ò prohivision particular la vniversal trayã si como mas poderosa la particular, y prevalesse à ella, y al contrario, si la institucion es en cosa particular, y la prohivision vniversal esta prevalesse, y la razon porque prevalesse la institucion vniversal à la excepcion particular es: *Quia quando præcedit institutio vniversalis deinde exceptio vel prohibitio est particularis; & certe ista exceptio est contra substantialia substitutionis quod est vt quis sit hæres in vniverso. Vnde ista exceptio debet vitiari.* Cum leg. Cumpræcario ff. de præcar, & secus est in casu contrario, leg. siquis ita hæres instituatur si legitimus ff. de Heredi. instit. *Et hæc est Baldi differentia, & resolutio* in leg. vbi ita donatur ff. de donatione causa morti, & Raphael Colman. in leg. quoties §. si duo de hæredit. instit. & Angel. in leg. pen. ff. de infit. Rupt. & in leg. posthumum ff. de lib. & posthum. Ergo, &c.

Y fundase todo lo dicho, que como la institucion vniversal en el hijo es forma substancial del testamento, como queda dicho con Guillermo Benedicto, y es comun de todos los DD. y este sea individuo como por sentado lo dize Espino in spec. testam. glos. 13. de legat, vsufr. n. 9. *Et iam testamentum est individuum cum leg.* Si quis ff. de testament. Jas. Vol. 3. Cons. 8. n. 15. cum alijs iurib. & text. qui citantur. Y la razon es porque todas aquellas cosas, que consisten en el hecho son individuas; la voluntad del testador *est res facti.* Luego es individua es del citado Espin. La razon en el mismo numero. *Voluntas testatoris est res facti, illa individua sunt: ergo, inquacumque re, inqua vsus eius conscistit infacto.* Y à el dezir, que el testamento se compone de diversas cosas responde: *Quia nec perfecte videri poterunt nisi perfectionis ordinè compleatur.* Son partes *Ordinè perfectionis* constituentes el testamento, cuya forma es la vniversal institucion, y asi està *ordine perfectionis* atrae asi todas las particulares clausulas que puede tener el testamento; porque como opuestas à ella *ordine perfectionis.* No puede influir à la constitucion del testamento; porque destruyendola, y siendo contra su mente mas es orden de contrariedad, y contradicion que de perfecion: y asi las destruye, y se deben tener por ningunas.

Contra todo lo dicho, y principal fundamento de que: el caso omisso en el Testamento de no disponer en el estado de *Doncella* que se deve dar por omisso quedando la institucion de heredera pura, y absoluta en Lucrecia; se pone la comun limitacion de este principio, que sientan varios Autores, diziendo: no se entiende en las vltimas voluntades, Duen. Axiomat. & loca. comm. iur. Liter. C. n. 10. ibi: *Limita in vltimis voluntatibus.* Leg. fin. C. de posth. hæred. instit. & Alvaro Valasq. conf. 45. nu. 4. & idem Duen. Liter. T. nu. 18. ait: *In vltimis voluntatibus tacitum pro expresso habetur.* A cuyas doctrinas, y obieccion à nuestra especie responde Guill. Bened. in cap. Rayn. de testam. verb. Si absque liberis moreretur? sub. num. 39. in med. his verbis: *Casus omissus habetur pro expresso, quando expressus non est per modum conditionis voluntariæ, quia tunc talis casus expressus debet implere in forma expecifica.* leg. qui hæredi. leg. Mævius ff. de cond. & demonst. & Bald. Bart. in leg. Galus § & qui sit tantum ff. de lib. & posth. & Duenn. loco citat. C. num. 109. Cum diversis Iurib. & Autorib. y al num. 107. lo limita solo en la necessaria condi-

cion

cion; sed sic est que el expresso *si se casare, y muriere sin hijos*, es por modo de condicion voluntaria, pues el casarse no lo puede ser de otra suerte; porque seria contra la libertad del mismo matrimonio, à quien ampara todo derecho humano, y divino, como ya queda tocado, y abaxo se dirà mas ex professo. Luego el caso omisso del estado de Doncella en Lucrecia, siendo condicional el expresso, y condicion voluntaria, que se deve cumplir en su expecifica forma. No puede passar à caso expresso, y se deve quedar como omisso.

Y la razon es: porque el caso omisso se dexa à la disposicion del derecho comun. Guill. Bend. sup. cit. & eod. loc. *Quia natura cuius omissi est, vt relinquatur dispositioni iuris communis.* Leg. cum dotem ff. de sol. matrim. leg. si extraneus ff. de condit. ob caus. leg. commodatissime ff. de Lib. & posth. Bald. in leg. si pluresin ante penul. col. C. de cond. inter & Jason. vol. 3. cons. 66. num. 41. *In casu omisso præsumitur testator velle quod lex, seu ius commune disponit* cum Bald. in leg. præcibus C. de impub. & aliis substit. in col. 13. no solo se dexa al derecho comun el caso omisso, sino que en el la voluntad del testador se debe reglar, interpretar, y entender por la disposicion de la ley, o estatuto, que dispone la sucession abintestado. Jas. cons. 84. n. 2. vol. 1. *Adhuc voluntas testatoris regulari debet secundum dispositionem statuti disponentis circa subcessione intestati.* Cum Bart. Ang. Raph. & Alex. de Imol. in leg. hæredes mei §. cum ita ff. de condit. & de Monst. & aliis plurib. quos ipsemet citat, & sequitur. Y mucho mas, si en el caso ay duda, se deve entender, la disposicion del Testador fue, querer lo que la Ley, y el municipal derecho dispone en caso de intestado. Guillerm. Bened. sup. cit. verb. in eod. testam. relinquens. & 1. sub. n. 48. cum diversis text. ab eo citatis, & idem Jason. loco sup. nu. 2. *Dispositio testatoris in dubio rescipit intellectum, vt videatur Testator voluisse id quod abintestato, & dispositione iuris erat servandum.* Arg. in cap. causam de rescript. & ibi glos. verb. procedat, vbi reddit rationem: *Quia totum Processum negotii de iure debet procedi.* Leg. eos §. 1. de apellat. & leg. quæro §. inter Loquutorem ff. de locat. Alex. in leg. Hæredes mei §. cum ita in 8. col. in fin. y Paul. de Cast. añade in præalegatis cons. 410. incipit casus iste frequenter contigit lib. 2. que el testador se debe conformar, con la disposicion de la ley, que dispone del abintestato. Y Guillerm. Bened. vbi sup. dize in n. 48. *Quod Testator in dubio videtur voluisset testari secundum legem munisipalem.* Quod quidem tenent Imol. in leg. fin. ff. de cond. & de monstr. & comm. DD.

Siendo pues principio sentado: que en el caso omisso, ò dudoso, el juizio legal que se deve hazer en la disposicion testamentaria es, segun la disposiciõ que dan en el abintestado las municipales leyes: quien puede dudar, (siendo las de España herede el hijo natural abintestato en falta de legitimos à su padre lex. 10. Taux. & ibi Ant. Gom. nu. 5. in fin. con la ley. 1. tit. 6. lib. 3. for. y la ley 8 tit. 8. lib. 5. recop. y la ley 32. tit. 9. p. 6. & ibi: Greg. Lop. y esto aunque los padres tengan ascendientes) en el caso dudoso, omitido, y no expresso en el Testamento de Pasqual Cataño de morir *Doncella* Lucrecia su hija natural, y poniendo la clausula expressa de institucion, *Como mejor aya lugar en derecho.* Quiso, y fue su voluntad à reglarse à estas leyes, y que fuesse pura, y absoluta heredera en este caso, como lo es por ellas en abintestato?

Pruebase esto mismo: porque esta condicion no solamente es voluntaria pasive de parte de Lucrecia (por serlo en todos el Matrimonio) sino que es voluntaria adiecta; y la condicion voluntaria, se deve cumplir en forma expeci-

pecifica: porque esta induce forma, y la denota secundum Bald. in leg. pro hæreditariis in 1.col. in fin. C. de hæred. ac de hæredit. action. y la razon es: porque la condicion voluntaria denota, y enbuelve en sì la causa final vt per Bart. in leg. 2.§. fin.ff. de donat. afirmat. Jas. vol. 3. cons. 55.n.25. & vol. 4. cons. 106. nu. 6. *Conditio voluntaria denotat causam finalem.* Y como la causa final induzga forma en toda disposicion, y esta no se pueda cumplir per equivalentem, porque tot *Sunt actus distincti quod sunt formæ*, y à diversa forma constituie diversa especie; como es principio, sentado en metaphysica, y en todas facultades, quod *Forma dat esse.* Si por equivalente se cumpliera la condicion voluntaria por especie distinta, acto distinto, que *esse vltra intentionem agentis*: se cumplierà; Esto es repugnante al derecho, y la razon: luego esset repugnante, el que la condicion voluntaria no se cumpla en forma especifica, por lo que tiene de forma. *Non sufficit formam impleri per æquipolens.* Jas. vol. 2. cons. 149. nn. 10. cum Angel. & Alex. in leg. l.ff. de liber. & posthum.& glos. in dem. 1. in verbo *Tertio* de vita, & honest. C. deric.& in cap. circa de elect. in 6. *Sed sic est*, que la condicion *Si se casare, y muriere sin hijos* es, ò son dos condiciones que es condicion de condicion, *Si se casare* mas, y subsiguiente à esta *Si muriere sin hijos*. ergo &c.

La primera, *Si se casare*, es contigente condicion, y es condicion presupuesta, no preceptiva, como de las mismas palabras suyas se conoce, que no es intenta, ni provolita de parte del testador, y asi no dixo que sino se casase no le diessen la herencia, ni la substitution en este caso tampoco la pone: luego ni el que se case fue intento, ni prevolito, ni cayo baxo de la disposicion, sino como caso en que si sucediere quizo disponer: y la condicion de la substitucion es, si en este caso *no tuviesse hijos. ò muriesse sin ellos*: y este es expresso de Guill. Bened. en el lugar citad. verb. si absq. liber. morer. 2. sub eod. nu. 39. ibi: *Sed casus quod filij non nascerentur fuit conditio substitutionis voluntaria ex mera voluntate adiecta: ergo debet impleri in forma expecifica.* Es toda la fuerza de la razon de este Autor, y se infiere no cumpliendose en el caso de casada, no puede tener valor la substitucion.

Confirmase esto dicho con vn dilema convincente à mi juizio: porque la omission, ò taciturnidad del estado de *Doncella* en este Testamento (donde tan por menudo se previnieron los demas estados) fue voluntaria, y cuydadosa, ò præter intentationem indeliberada, no pensada, ni imaginada del Testador? si voluntaria: luego quizo que en ella heredase, y fue absoluta, pura, y desnuda la institucion de heredera en el estado de *Doncella.* Si præter intentionem, y no prevista en este caso; ni se tiene lo omisso por empresso, ni se da extencion de vno ni otro caso; expresso de Uinc. Fus. de fid. comm. substit. q. 460. n. 20. his verbis: *Vt si casus contingeret præter intentionem Testatoris, licet maior etiam ratio addesset, ita disponendi, quod tunc non sit facienda extensio de casu ad casum.* Cum Gonzad. cons. 64. n. 8. Præt. de interp. vlt. volunt. fol. 168. n. 120. y la razon es: porq̃ toda extension en las vltimas voluntades nace del fin, y mente del Testador; lo omisso por no prevenido ni conocido, ni volito no puede ser intentado, ni caer baxo de la intension del Testador: luego *expræsumpta mente* no se pudo extender. Fundase en el comun principio *nihil volitum, quin præcognitum*, super quo Francis. Scalon. de testam. in præleg. ad lib. 1. quæst. vnic. y nu. 4.

Solidasse esto mismo: conque en toda la clausula, y el testamento no se hallara

llara propoſicion que induſga de caſarſe à que ſe ſigue el tener hijos, y ſi es comun ſentencia que la donacion, y legado *ad certum finem* mientras que no tiene expreſſa clauſula *obligandi ſed tantum alliciendi vel prævendi media ad illum finem non eſt irritum legatum ſeu Donatio*, ita Leſſ. tom. de iuſtit. & iur. lib. 2. cap. 18. de promit. & donat. dubit. 16. n. 124. & 125. y la razon es que en eſte caſo el fin ò cauſa ſe mira como inpulſiva en el diſponente, y no final; y ſegun todos los DD. Teologos, & Vtriuſq. iur. ſubſiſtiendo la cauſa final aunque falte la impulſiva prevaleſe la diſpoſicion: luego ſi en toda la clauſula; y el teſtamento no ſe vè propoſicion, que impere el matrimonio, ni ſuſpenda (por condicion) la herencia mientras el no llega ni tampoco animo de obligar à tal eſtado, ſino vn ſimple condicional preſupueſto, no puede viſiar (el no averſe caſado, y morir *Doncella* Lucrecia Cataño) la inſtitucion pura, y abſoluta de heredera, que en ella hizo ſu Padre.

Y quando mucho, aunque huvieſſe algunas palabras, de que ſe conjecturaſſe fue mente del teſtador, podia diſcurrir ſer cauſa inpulſiva, y no poniendo circunſtancia que ſuſpendieſſe la adicion de la herencia lo que *ad ſumum dato, & non conceſſo remotiſsima liberalitate*, es que eſte fue vn modo; pues como bien Molina de Iuſticia, & iur. 1. tom. diſp. 208. tract. 2. §. iuxt. diſpoſitionem: *Atendendum eſt an illa conditio ponatur, vt fiat poſt diſpoſitionem completam, & tunc non habet vim conditionis ſed modi, quoniam ratio conditionis eſt ſuſpendere diſpoſitionem, modus vero non ſuſpedit ſed ipſe advenit completæ.* Y cita à Molin. de primog. lib. 2. c. 18. num. 4. & c. 15. n. 28. cum Bart. & vt comm. DD. repur. oppin. y el modo que â la libre voluntad ſe dexa, como la condicion poteſtativa, en eſte miſmo ſentido per caſum mortis ſi no ſe cumple novicia la diſpoſicion Guill. Bend. ſup. in verb. reliquit. n. 44. in med. da la razon: *Nam iſtud pendet amera voluntate ſua, & tunc ſi inpediatur per caſſum mortis tamen conſequætur hæreditatem vel relictum.* Leg. ſub cond. §. quoties ff. de cond. inſtit. y proſigue ratioſinando de eſta ſuerte: *Quia ponendo talem conditionem teſtator ſolum conſideravit factum inſtituti hæredis eius voluntate ſi per eum ſtare vel non, ſi ergo non ſtetit per eum ſed per caſum mortis, inſtitutio hæredis non perit*: Luego aun en el caſo negado, ſubciſte pura heredera Lucrecia Cataño; pues el morirſe ſin caſarſe no fue culpa ſuya.

A que ſe añade: que aunque la herencia, y clauſula de ella dixera: para ſi ſe caſaſſe (que no dize) todavia es corriente opinion que el legado que el teſtador dexa à la *Doncella* con la palabra *ſi ſe caſare* no le pierde por elegir el eſtado de *Doncella* perſeverando en el como mejor, y mas perfecto, Molin. ſup. citat. de iuſtit. & iur. *Si de veniente illa fæmina ad ætatem in qua nubere debere eligat potius perpetuum cælivatum, & coniecturæ ſint quod ſeriò eo ſtatu amplectatur in eo que perſeveraverit tradenda que eſt ei pæcunia.* Y lo prueba cum cap. verum de cond. appoſ. y da la razon: *Vt ex ea meliori illo ſtatu vivat.* Concluye con evidencia la clauſula de la inſtitucion de heredera en que ſe nombre à Lucrecia Cataño es pura, y abſoluta, y que pudo como *Domina pleno iure* otorgar ſu teſtamento.

Infiereſe con evidencia muriendo Lucrecia Cataño en el eſtado celibato la ſubſtitucion clauſula de no teſtar, y las demas ſon de *ſubiecto non ſupponente*; porque ſiendo el preſupueſto *ſi ſe caſaſſe*, y no pudiendoſe verificar eſte, ni la condicion; ni ſubſtitucion, por faltarles el ſupueſto, princi-

pio ſentado en derecho: *Diſpoſitio aliquid ſuponens non verificatur niſi in caſu in quo verificatur præſupoſitum.* Dueña. axiomat. & loc. comm. iur. lit. D. n. 117. Cum alijs quam plurimis; y mas individualmente al intento Vicenc. Fuſar. de ſubſtit. q. 240. n. 10. his verbis: *Vbi diſpoſitio loquitur aliquid præſupponendo intelligi debet de perſona, & caſu in quo ſolum verificari poteſt præſupoſitum.* Gloſ. in leg Mancipia C. de ſervis fugitivis, & ibi, Salic. & Fulgoſ. Alex. in Rubric. ff. de ſolut. Matrim. n. 22. *Ad quid ſubſtitio facta ſub conditione ſi ſine liberis præſupponit quod illi cui facta fuit ſubſtituto potuit habere liberos ergo, &c.* Es la conſequencia del Autor, la que en rigor ſilogiſtico ſe infiere es. *Ergo ſtatus in quo præſuponitur filios non poſſet habere fæmina non verificatur conditio ſi ſine liberis.* Luego ſi en eſtado de Doncella muriendo en el no puede tener hijos, ni ſe verifica el ſupueſto, ni la condicion. Jaſon ſup. *Non dicitur dicedere ſine liberis qui liberos habere non potuit* Vol. 2. conſ. 148. n. 7. cum leg. ff. de ſuis, & leg. & gloſ. notabilis in mag. ni leg. præcibus. Circ. fin. C. de impuber. & alijs ſubſ. Bald. in leg. tribus in 2. col. C. de inoficioſſ. teſtam. ſed ſic eſt que permaneciendo en el eſtado de *Doncella* Lucrecia Cataño, no pudo, y ſe fue impoſſible tener hijos: luego por razon del eſtado paſsò à impoſsible la condiciõ, y como tal reijcitur à iure como es comun. Gom. tom. 1. var. cap. 12. n. 66. & 67. Molin. de iuſtit. & iur. tract. 2. diſp. 106. §. 2. Concl. cum leg. 1. & leg. ſi quis ita inſtitut. & leg. ſubconditione ff. de cond. inſtit. & leg. 3. & 4. tit. 4. p. 6. & ibi: Greg. Lop. luego no verificandoſe el ſupueſto de caſada, ni ſiendo eſte preciſſo, ni intentado del teſtador por conjectura ni palabra alguna en el Teſtamento todo; ſe infiere por infalible conſequencia en el eſtado de Doncella que muriò, ni ay ſubſtitucion, ni condicion, ni impedimento alguno en derecho paraque fueſſe pura, y abſoluta heredera, y conſiguientemente pudieſſe teſtar de la herencia.

Contra todo lo dicho ſe puede oponer: Que aunque Lucrecia Cataño no murieſſe caſada para la condicion de morir ſin hijos es accidental, todas las vezes que ſe verifica el efecto de no tener hijos. Y para eſto traen el caſo del que dexò por heredero à vno v. g. à Tiſio con la condicion que *ſi eſſet presbyter* ſubſtituya en Caio la herencia. Eſte no fue Sacerdote, muriò celibato, y ſin hijos: es opinion de algunos que ſe verifica la ſubſtitucion. Alex. Conſ. 5. n. 21. lib. 2. la defiende, y la funda en la ley Mulier ff. ad Trebell. leg. ſi Mater ff. de inſtit. & ſubſt. y la razon es: que ſolo el teſtador ſe moviò del efecto de morir con hijos ò ſin ellos, y *ex quo ſequatur idem effectus, conſideratus à teſtatore* es accidente que la cauſa ſea por equivalente porque ſe ſupone tacita.

Y aunque eſta ſentencia es de Alexandro, cuyas doctrinas venera la antiguedad; es la contraria mas comun, y probable intrinſeca, y extrinſecamente; llevan la expreſſamente impugnando à Alex. Jaſ. in leg. Gallus §. qui ſi tantum in 3. col. n. 41. & ſeqq. ff. de liber. & poſth. vbi plures citat. & iam Ruyn. ibi: n. 68. Alciat. in 2. Lect. n. 43. Rip. in leg prim. n. 97. ff. de Vulg. & ex Modern. Paris in addit. à Alex. Conſ. 100. lib. 3. de verb. ſignificat. n. 28. verſ. 7. quæro Mantica de Conieét. vltim. volunt. lib. 11. tit. 16. n. 31. & Intrigl. de ſubſtitut. Sentur. 3. q. 76. Fuſar. vbi ſup. q. 463. n. 4. Menoch. Conſ. 243. n. 34. & lib. 4. præſump. in 73. n. 4. in fin. & præſump. 185. y la razon en que ſe fundan es: que es condicion voluntaria la qual ſe deve cumplir en forma expecifica,

cifica; que es razon de todos los citados, y es precisamente la comun, y mas segura esta opinion, y razon como afirma Rol. à Ualle. Conſ. 56.n. 2. lib. 3. y Geronim Gabri. Conſil. 111.lib. 1. dize es la comun, y que ſe deve ſeguir iniudicandum.

Y à las dos leyes, y textos que ſe alegan reſponde Jaſ. Bart. y los demas que ſiguen la opinion ind. leg. Galuſ. §. ſi tantum, *& ſic non obſtant* (dize Jaſon *dict. leg Gall. citat.*) *dict. leg. Mulier*, *& leg. ſi Mater allegatæ*; *per D. Alex. quia loquuntur in conditione neceſſaria ad effectum actus ſecundum Bart. & omnes hic indict. leg. Gal. citat.* En que ſe manifieſta claramente la differencia que ay de la condicion neceſſaria à la voluntaria como dexamos dicho; y lo pruevan tambien porque ſon caſos diſsimiles, el de morir caſado, ſin hijos, ò morir presbitero como lo afirma Jaſ. en el num. 43. y de caſo à caſo diſimil no ſe da extencion leg. exfacto §. ſi quis autem è §. vltim. ff. ad Trebell. leg. ſi cum dotem in princip. & recte probat. Bartol. §. quidam recte in dict. leg. Gall. & ibi ſequntur omnes Menoch. Conſ. 243. n. 30. & ſeqq. & Conſ. 1105. n. 6. Mantic. vbi ſup. lib. 3. tit. 9. n. 11. Pereg. de fideicomm. art. 11. n. 27.

Y à la razon en que ſe funda la opinion contraria: de que conſidera el teſtador el efecto, y que ſiendo vno miſmo, parece accidental la differencia de la cauſa, ſe reſponde: que quando ay conjecturas, que con evidencia indusgan à conocimiento, de que fue la cauſa final el efecto por mirar el fideicommiſſo, el luſtre de la familia, ò otras circunſtancias, q̃ en el miſmo efecto indusgan como efecto de acto; neceſsidad de cauſa final probara eſſa opinion. Pero en el caſo que expreſſamente eſtà clara la voluntad del teſtador ſobre vn preſupueſto totalmente libre como en el de nueſtro caſo *ſi ſe caſare*, en que no ay fideicommiſſo del luſtre de la caſa; pues ſubſtituye en dos ſobrinas, y en vn Convento, que en vnas por mugeres, y en otras por extraño ſeza el fin. Como es dable, pueda aver preſumptamente del teſtador en nueſtra expecie, ni efecto conſiderado *Si ſine liberis moriatur*. Y mucho mas: quãdo de caſos diſsimiles, ò contrarios, como ſon el eſtado *de caſada*, *y doncella* no ſe da extenſion *Ex præſumpta mentis teſtatoris* Fuſar. vbi ſup. q. 460. n. 18. vbi ait: *Vt non fiat extentio de caſſu ad caſſum diſsimilem vel contrarium expreſſe licet videatur adeſſe præſumpta teſtatoris mens.* Cum leg. ex fact. §. Si quis autem & fin. ff. ad Trebell. Bart. in leg. Galluſ. §. quis ſi tantum, & omnes DD. & Jaſ. vbi proxim. n. 43. & ſeqq. ff. de liber. & poſth. Angel. in leg. 1. & in leg. ſi Pater ff. de Vulgar. Alex. Conſ. 1. lib. 1. col. 5. & Conſ. 139. lib. 6. Socin. Sen. Conſ. 77. col. fin. Conſ. 140. col. pæn. & fin. lib. 1. Rimin. Senior Conſ. 119. n. 34. Menoch. Conſ. 243. n. 30. & ſeqq. & Conſ. 1105. n. 6. & Mantica vbi ſup. cum alijs quos citat. Fuſar. vbi ſup. Siendo pues el eſtado de Doncella al de caſſada no ſolo diſimil ſino opueſto, contrario, y deſtructivo vno de otro que ſe excluye con anexa negacion (aunque caſo negado pues llevamos probado lo contrario) huvieſſe preſumptamente ò conjectura no ſubſiſte la extenſion del argumento contra nueſtra eſpecie.

Corroboraſe: con las individuales palabras del teſtamento à nueſtro intento, que dizen aſsi: (ſuponiendo la clauſula de que no puede teſtar, y refiriendoſe à eſta, y à la antecedente de que caſandoſe, ſin el conſenſo, y licencias) *En tal caſo dexo por herederos de los dichos bienes*, *que ſe cumpliràn con el multiplico de ellos, à los dichos Frayles, y Sobrinas, &c.* Aquella palabra, *en tal caſo*, ſe

se refiere à las dos condiciones *Si se cassare sin licencia*, *y si se cassare con ella*, *y muriere sin hijos*. La qual es clausula restrictiva forzosamente, al caso que refiere; y la clausula conque el testador restringe à este, *ò en tal caso* no se extiende ni debe extender segun derecho à otro, aunque milite en el la misma razon Vicens. Fusar. vbi sup. q. 460. n. 10. *Vt si testator restrinscit se ad certum casum non fiat extentio ad alium casum licet extet eadem ratio : vt si testator dicat tunc, & ex casu vel vsus similibus verbis; nam illa verba tunc, & ex casu sunt restrictiva, & singularem casum vel extremitatem temporis significant.* Cum leg. 4. §. fin. ff. de cond. & demonst. leg. insubstitutione ff. de vulg. & pupi. leg. huiusmodi ff. de verb. oblig. & expresse extentionem hic non fieri afirmant Bald. Conf. 57. n. 2. lib. 2. Ancar. Conf. 357. col. 3. Anan. Conf. 66. n. 3. Rom. Conf. 131. & Conf. 138. Alex. Conf. 31. lib. 2. Dec. Conf. 63. Libum. 3. & con. 84. Paris. Conf. 66. n. 44. lib. 3. Sosin. Jun. Conf. 169. n. 2. & Conf 190. n. 8. lib. 1. Rubeus Alex. Conf. 31. num. 5. Alciat. 492. n. 24. Veron. Conf. 99. lib. 2. Cravet. Conf. 78. n. 5. & seqq. Sosin. Sen. Conf. 259. col. 4. vers. confirmatur præmissa lib. 2. Ruin. Conf. 200. n. 9. lib. 2. Menoch. Conf. 243. n. 35. & seqq. y otros muchos que citan estos, y Fusario: que afirman ser la comun, y resibida opinion, y la razon es: que quando el testador restringe, expressa su mente en la condicion, carga, ò pena; en aquel caso quiere se entienda, y no en otro: luego teniendo la palabra restrictiva la clausula, que se refiere à la condiciō *si se casasse*, ya sin las propuestas licencias, ya si muriesse sin tener hijos no puede aver presuntamente del testador, antes si, esta restriccion expressa evidentemente no se entiende las clausulas *condicionales* en el estado de *Doncella* sino cumpliendose la condicional *si se casasse* en aquellos casos expecificamente: luego aun en el sentir de la contraria opinion; es evidente nuestro caso por la mente del testador se deviò cumplir la condicion en forma expecifica; y no siendo assi, y muriendo en el estado de Doncella: fue pura, y absoluta la herencia.

No es menos de considerar la clausula : *que no pueda testar de esta manda* (palabra que denota lo bien hecho del testamento llamando manda ò legado à la institucion vniversal) *si no tuviere hijos legitimos*, *y estos en edad de pubertad.* (Que omitiendo la edad de los hijos) es clausula contra derecho natural, ò de las gentes; porque acada vno compete la accion libre de testar de lo que es suyo : y consiguientemente contra derecho civil, y de las gentes. Philip. Pasq. de virib. patr. potest. p. 2. cap. 8. cum Bartol. in leg. interdum. ff. de cond. indebit. & in Rubr. ff. de adquir hæred. & Guill. Vened. verb. testam. 1. y por esso es comun sentencia, y la mas segura que ni aun la condicion, *si voluerit* se le puede poner al hijo en la institucion de su herencia, por lo que mira à legitima necessaria ò voluntaria (como dirèmos despues) Anton. Gom. tom. 1. var. cap. 11. n. 30. & seqq. vbi amplentendo hanc sententiā reddit rationem vers. sed his non obstantibus. *Quia inpedit suitatem, & per consequens transmitionem, vnde si descederet filius ante expressam voluntatem vel immixtionem, & ante declarationem voluntatis non trasmitteret vt in lege vnica §. sin autem C. de Caduc. Tollend. Sed non transmittere est maximum gravamen* vt in leg. Pantonius ff. de acquir hæred. y da otra razon porque la disposicion que de su naturaleza es transmisible se haze intransmisible por la condicion *si voluerit*. Por la ley expressa Si ita legatum §. illis si volet. ff. de leg. 1. y

siendo

ſiendo la diſpoſicion de Padre à Hijo eſſencialmente tranſmiſible, por la ſuſpenſion de la condicion no es tranſmiſible, contradiccion manifieſta, ſer tranſmiſible, y no ſer lo *eiuſdem de eodem*: luego no puede impedir el Padre, que el Hijo tranſmita el derecho que eſſencialmente en el es tranſmiſible, y conſiguientemente; ni quitarle la facultad de teſtar.

Concluſion expreſſa de todos: Como bien Vicenſ. Fuſar. vbi ſup. q. 690. n. 2. *Quia Pater non poteſt tollere Filio facultatem teſtandi.* Cum Menoch. Conſ 939. Y no ſolo quitarla; pero ni aun reſtringirla es licito. Leg. cum duobus §. idẽ reſpondit ff. pro Socio. Pret. Conſ. 113. n. 220. Ondedeo. Conſ. 4[illegible]. n. 10. & 49. Y aſsi eſta condicion ſe reputa per non adiectam en el derecho; como torpe, y que no le embaraſſa al prohibido para teſtar Jaſ. vol. 2. Conſ. 189. n. 6. his verbis: *Quod etiam quando teſtator expreſſe prohibuit hæredem ſuum teſtari, quod imò etiam, tunc hæres ſit prohibitus, poſsit hæredem extraneum inſtituere non obſtante tali prohibitione de teſtando, vt adhoc poſsit adduci ſolemnis deſicio Angel. in Conſ. 57. incipiende Domina Andræa condidit teſtamentum*, y la razon es: porque à cada vno por derecho de las gentes (de que nace el particular dominio) es libre la facultad de teſtar, *eo quod vnicuique libera debet eſſe teſtandi facultas.* Cum leg. ille autem ff. de hæred. inſtit. & leg. Stipulatio hoc modo concepta ff. de verb. oblig. Spin. de teſtam. gloſ. in Rubric. p. 4. n. 10. l. verbis leg. 12. ff. de verb. Sign. authent. de nupt. §. diſponat. coll. 4.

Y la deciſion de Angelo es la que comunmente ſiguen, que ninguno puede prohibir à otro inſtituya el heredero que quiſiere, no teniendole forçoſo; porque à hazerlo ſeria dexarlo inteſtado ſigue à Angelo Alex. Conſ. 296. incipit viſis, & acurate conſideratis his quæ intemathe continetur quod eſt in 2. vol. 154. Siendo pues la condicion de nueſtra eſpecie, y caſo, contra derecho, que es quedar inteſtada Lucrecia ſe infiere por verdadera conſequencia no ſubciſte porque: *Fideicommiſſum relictum indefectum conditionis quæ de iure reijcitur vel reprobatur non debetur.* Jaſ. vbi ſup. leg. vnic. C. de his quæ pœn. nom. leg. quoties ſub condit. ff. de condit. & de monſtr. Luego ſiendo la condicion en tal caſo que teſte prohibitiva contra derecho natural, ſe ſigue es nula, y la ſubſtitucion tambien.

Y reſpondiendo Jaſon en el lugar citado ſub numero ſeptimo la diferencia de caſo del que en ſu conſejo proponia à el de Angelo, y de los citados Autores dize: *Quod deciſio Angeli procedit quando prohibitio facta hæredi de non teſtando fieret ſine cauſa, tunc ſencetur turpis, & reprobata à iure.* Iba hablando Jaſon: en el caſo de vn prodigo en quien conſiderada la cauſa de la diſipacion de los bienes, por el mal vſo, è incapaz de buen manejo de ellos le prohibieron en axenar, y teſtar, y dize: es torpe condicion por derecho prohibir que teſte ſin juſta cauſa, como en ſu caſo: y en eſte ſentido entiende la deciſion de Alex. Ang. y los demas citados: luego prohibiendo ſin cauſa Paſqual Cataño à ſu hija teſte, es torpe condicion reprobada por derecho.

Y el miſmo Jaſon en el Conſ. 96. vol. 4. n. 18. dando tambien diſparidad del ſentir deſtos Autores, al caſo de ſu ſentir, y defenza, dize: que para que corra aquella deciſion es preciſo, le quite toda la poteſtad de teſtar, en el fundò que ſolo por herencia le dexava; pues ſolo de eſta ſuerte queda inteſtado el heredero, y es torpe condicion contra derecho, & ait: *Ita expreſſe*

presse tenent Dyn. Bart. & Imol. in leg. vel singulis ff. de vulg. vel pup. Dyn. & Bart. in leg. Seia libertis, & leg. Titia Seyo ff. de leg. 2. Paul. de Castr. in leg. Si Pater impub. ff. eod. tit. Sed sic est que para prohibir à Lucrecia Cataño teste se le prohibe en toda la herencia hasta el multiplico: luego es torpe condicion repelida por derecho, y contra, el que por natural le compete de testar.

Y à la tacita objeccion que se puede poner; de que pudo mirar la contemplacion de su familia en las Sobrinas, à quien dexa sobre quedar respondido: Conque en las mugeres no se conserva el lustre de la casa; porque en ellas se confunde el nombre de la familia, y por esta causa comunmente se excluyen de Reynos, y Mayorasgus como se vè en Francia por la Ley Salica, y en España en muchas fundaciones de Mayorasgos, y quando mucho se admiten en defecto de varones aunque sea hijo natural; que este les prefiere; no obstante esta razon, no es bastante causa la contemplacion de la familia, para quitarle la facultad de testar absoluta al heredero nombrado: Lo primero; porque *qui semel fuit hæres non potest descinere esse hæres.* Vicent. Fusar. vbi sup. q. 277. n. 33. cum lege si sine §. sed quod Pampinianus ff. de minor. leg. Pater familias ff. de hæredib. instit. Jas. in leg. re coniuncti, & alijs quos citat. & sequitur. Marescot. var. resolut. lib. 1. q. 34. n. 11.

Lo segundo; porque siendo causa voluntaria la contemplacion de la familia, y el derecho de testar por derecho de las gentes necessaria; no se puede por causa voluntaria atropellar la necessaria, y consiguientemente por contemplacion de la familia prohibir al heredero teste. Es expressa Decis. de Angel. citad. Y con èl Jason en el Cons. 96. sup. n. 17. his verbis: *Sic tenet Angelus quod testator non posit hæredi instituto expresse prohibere nec institutionem alterius hæredis etiam extranei faciat quamvis adijciat causam contemplationis familiæ vel descendentium.* Y lo mismo Alexand. en el Cons. 154. citad. & Consil. 7. *Quod incipit, & dicto themate plura dubia possunt oriri*: Luego ni aun por contemplacion de la familia (à vn casso negado que huviesse motivo) pudo su Padre negar, ni prohibir à Lucrecia la facultad de testar, è instituir el heredero que quisiesse; aunque fuese extraña: por ser contra derecho civil, y natural.

Para cuya mas plena inteligencia: es precisо suponer la comun doctrina que con su acostumbrada sutileza toca Ant. Gom. tom. 1. var. cap. 11. n. 28. vers. item quæro. Donde toca la question, si el gravamen ò condicion impuesto sobre la legitima voluntaria, sea de ningun valor, y por derecho despreciable, como el que pone el Padre sobre la necessaria; y Magistralmente resuelve assi: *Et breviter est resolutive dico: quod sic: vnde si lex vel statutum assignare; & Pater ei dedit certam quantitatem vel rem cum onere vel conditione statim ipso iure reijcitur, & talis quantitas, vel res debetur sibi pure, & simpliciter: quia sucedit loco legitimæ, & necessariæ, in qua non peterat poni gravamen.* Es conclusion expressa in leg. Quoniam imprioribus C. de in offis. testam. que trae Jas. n. 1. & ibi Bald. 2. col. q. 2. reputans hoc esse notabile ex mente tenendum affirmat Paul. de Castr. col. 1. n. 2. Salicet. etiam col. fin. Aretin. ibi etiam. Dicens esse singularem Bald. in leg. emptor ff. de rei vind. 2. lect. ante pen. col. Ayllon in addit. ad Gomez cum Menoch. de succes. §. 10. n. 209.

vbi

vbi testatur de comm. Crasu. in §. legitima q. 40. in fin. Olea in pulcro casu cum multis AA. in tract. decesio. iur. tit. 3. q. 7. n. 37. Luego en la hija natural, en quien se considera por legitima necessaria el quinto, y por voluntaria, lo que el Padre quisiere segun la ley 10. de Toro citada corre la pariedad, y razon: que como legitima voluntaria no puede ser gravada.

Sigue esta misma opinion: Fusar. vbi sup. q. 269. n. 10. §. ampliatur quarto. Donde dize: Aunque la legitima sea voluntaria, no puede el Padre gravarla con substitucion, y la razon es; porque no se le da la legitima (que es por via de alimentos, ò dote en la hija) *Patris iuditio sed providentia legis.* leg. si arrogatur ff. de adoption. porque *se le deve iure natur. & civili*, por via de alimentos, como por estas mismas causas el dote à la muger leg. Pampinianus ff. de inoffi. testam. leg. omni modo, leg. quoniam in prioribus C. eod. tit. & Fusar. vbi sup. n. 14. cum Auth. hoc amplius C. de fideicomm. Menoch. Cons. 26. Y la razon queda *cum etiam sit legitima voluntaria in hoc casu conscessa loco alimentorum* leg. quisquis §. ad filias C. ad leg. Jul. Maiestat. Sed sic est que los alimentos se deven por derecho natural, leg. cum ratio ff. de bon. damnat. & §. 1. instit. de iur. natur. gent. & civil, & Pio. in leg. in quantum n. 172. ff. ad leg. Falcid. Luego aunque en el hijo natural se considere voluntaria legitima lo que el Padre le quiere dexar, por ministerio de la ley de Toro; no le puede gravar, y mucho menos con gravamen tan odioso al derecho natural como quitarle absolutamente la facultad de testar; para substituir la herencia.

De todo lo dicho se infiere la clara nulidad, y torpe condicion de que no teniendo hijos Lucrecia Cataño, no pueda testar absolutamente; y la odiosa carga (reprobada por derecho) de la substitucion: porque si como consta de la ley de Toro la quinta parte es legitima necessaria, y el Padre no teniendo descendientes legitimos le puede dexar lo que quisiere en parte ò todo de sus bienes cuyas palabras son estas: *Si el tal hijo fuere natural, y el Padre no tuviere hijos ni descendientes legitimos: Mandamos que el Padre le pueda mandar en testamento de sus bienes todo lo que quisiere aunque tenga ascendientes legitimos.* Lex 10. y en orden à los alimentos dize la ley, que la quinta parte qualquiera hijo legitimo puede disponer de ella en vida ò muerte, cuyas palabras son estas: *de la qual parte despues que la huviere el tal hijo pueda en su vida, ò en su muerte fazer lo que quisiere, ò por bien tuviere.* Comun privilegio à naturales è hijos ilegitimos: como se vè en la misma ley, quedan la razon q̃ es: por ser por via de alimentos, y en estos por derecho natural no solo tiene el vsufructu sino la propriedad como la misma ley explica, y es comun de todos D. Ualenz. Uelasq. Cons. 106. n. 32. *Filio naturali debentur alimenta tam in vsufructu quam inproprietate.* Cordub. in leg. si quis, & liberis §. idem rescripsi. n. 50. ff. de lib. agnosc. Franch. decis. 283. n. 16. & fin. Rox. de subcesion. cap. 21. n. 26. vid. etiam Surd. de Aliment. tit. 8. privil. 81. n. 4. luego en la quinta ò sexta parte es precisa, y legitima la cantidad en el hijo natural (à diferencia de los otros ilegitimos ò bastardos) es la quota voluntaria por la ley, no teniendo legitimos descendientes: *Ergo tenet consequentia supra educta.*

A que añado el sentir del mismo Ant. Gom. vbi sup. in fin. nu. 28. donde dize:

dize : Si el Padre, ò Madre (hablando indiferente en otros Reynos) pidieren al Rey; Principe, ò su Soberano dispensacion para dexar al hijo natural ò espurio lo que quisieren ; y en virtud de esta abilitasion les señalaren finca ò determinada cantidad, *non potest in ea apponere aliquod onus vel gravamen sed ipso iure reijcitur tanquam de legitima necessaria.* Sed sic est que lo que la dispensacion abilita en otro Reyno al hijo natural, ò espurio, lo haze la ley 10. de Toro en España, abilitando del todo, ò parte al hijo natural para la herencia : luego no se puede gravar ; y qualquier gravamen que se le ponga *reijcitur a lege, quia legitima voluntaria transit in necessaria.* La menor es clara ; porque abilita tanto la ley de Toro al hijo natural, y las demas leyes de España que affirma Greg. Lop. in leg. 32. tit. 9. p. 6. q. 8. §. fin. *Et si filius con la ley* 27. Taur. y otros textos, que no es necessaria ni nueva facultad del Principe para llamar à la subcesion del Mayorasgo, los hijos naturales en defecto de legitimos ; porque por dicha ley estàn abiles ; y en la ley 9. tit. 4. p. 6. al princip. de la glos. 8. dize : *Naturales fili in excludendo substitutum dicuntur legitimi*, y en la glos. 3. de la misma ley para explicar son necessarios abilitados en falta de descendientes ; en la diferencia que da en los hijos adoptivos à los naturales dize : los adoptivos pende de la voluntad libre del adoptante, y los naturales don de Dios, y de la naturaleza: *Cum Filius naturalis* (dize) *non tantum ab eius voluntate sed à Dei dono sibi agnascatur*: luego à diferencia de los ilegitimos espurios, ò bastardos; es legitima voluntaria en el Padre lo que le dexa, y *transit in necessariam*, y no puede ser gravada con condicion, ni substitucion, ò otra carga alguna.

Fundase mas en razon esto: no dan otra razon todos los Autores paraque no se pueda gravar la ligitima de los hijos, sino, porque aun en la vida de su padre tienen en ella vno como dominio: l. in suis 11. ff. de liber. & posthu. Y es deuda contraida del derecho natural de los alimentos; por cuya causa se reputa *æs alienum*. leg. Pampinianus. §. quarta & §. quoniam autem quarta ff. de inoffiic. testam. Bart. in leg. 2. C. de liber. præter Menoch. de arbitrar, Cas. 149. nu. 10. & 12. & Cas. 77. nu. 11. Prætor. de fid. comm. q. 5. nu. 59. & seqq. Alex. cons. 83. viso statuto nu. 2. lib. 4. Roland. à Ualle. cons. 36. n. 25. & vol. 3. & leg. cum ratio ff. de bonor. damn. Alex. etiam cons. 69. nu. 2. lib. 1. & sic absque vllo gravamine apud D. Valenz. Uelas. cons. 129. n. 26. cum leg. quoniam Imprioribus, & leg. omnino. C. de in off. testam. & communiter DD. in cap. Raynuntius & cap. Raynaldus de test. Sed sic est, que la quinta parte en los hijos naturales se reputa *æs alienum* respeto del padre debida por derecho natural, como queda dicho, y probado. Consequencia es esta de Ant. Gom. in dict. leg. 10. Taur. nu. 43. his verbis: *Ego teneo contrarium (id est iuri communi) imo quod gravari non possit per istam legem* 10. *Taur. in ea; quia licet aliud esse de iure communi, tamen hodie aperte vult illa lex, quod filius naturalis capiat tanquam debitum istud quintum loco alimentorum, & vt transmittat ad hæredem: ergo in eo non potest gravari:* Luego las clausulas todas que contra esto huviere, vt in fraudem legis reijciuntur.

Ni obsta: que tenga la parte de substitucion el Monasterio de S. Brigida; pues aunque obra pia, con perjuicio de tercero no goza privilegio contra el derecho natural de la legitima. Expressa conclusion seguida de los Autores.

Fusar.

Fusar. vbi sup. q. 296. num. 21. ibi: *Etiamsi substituta sit causa pia non subsistit respectu legitimæ; neque eius favore, & privilegio impedita erit detractio legitimæ.* Cum Palm. de Castr. consl.43.nu.2 lib.2. Alex. consl.45.col.pæn.nu.7.lib. 1.& consl.18. col. 1. lib. 4. & Cornel. consl. 118.col.1 lib. 4 & Decius qui alios adducit. Consl. 688. nu. 7. Decian. consl. 18. nu.20. in fin. lib.2. Floned. consl.73. nu. 40. lib. 1. Cost. in cap. si pater verb. trabelianica nu.7. de testam. in 6. vbi dixit: *Esse verissimam, & receptissimam opiniouem.* Ant. Gabrie. de lex. conclu. nu. 10. Cras. §. legitim. q. 38 nu. 20. Menoch. lib. 4. præsump. la 196. nu 17. Intrigl. de substit. q. sent. 3. q. 74. n. 19. Mag. de cit. Lucan. in 85. nu. 5. y la razon es: porque *Ecclesia es Autrix, & Cultrix iustitiæ, vnde in alterius detrimentum damuum aliquid fieri non permittit.* cap. §. 1. de Alien. Fud. deci. consl. 282. nu. 4. Nat. consl. 515. nu. 12. Mant. consl. 142. Ansaldus de iurisdict p. 2. tit. 9. cap. 3. nu. 120. & p. 3. tit. vnic. cap. 1. nu. 95. Y por esta causa respecto de los hijos, es siempre privilegiado el favor à la causa pia: como con muchos Autores. Fusar. q. 393. in prim. sent. & §. ego quidem nu. 65. & seqq. *Vbi probat, & argumenta incontrarium solvit.* Luego siendo legitima voluntaria que *transit in necessariam* la del hijo naturol: aunq̃ la carga de substitucion, ò condicion de no testar sea en favor de obra pia, como el Monasterio de S. Brigida, es por derecho nulla, y no subsiste.

No es menos convincente la doctrina comun de todos los DD. que afirman, es contra derecho el estatuto invalido, y que no deve subsistir que manda, ordena, y dispone, no pueda la muger otorgar su testamento sin asistencia; y consenso del marido reputandole por torpe, y iniquo contra el natural derecho, y asi nullo. Jas. consl.127. vol.1. nu. 12. *Non valet statutum disponens, quod mulier non possit facere testamentum sine licencia mariti quia esset iniquum, & contra libertatem, ius impediendo factionem testamenti.* Cum Pal. de Castr. in leg. ex facto in princ. ff. de vulg. & pupil. & sequitur. Alex. de Imol. consl. 155. incip. visis, & acurate ponderatis lib. 2. col. fin. & in dict. leg. ex facto in princ. in 4. col. ff. eod. y la razon es: porque el dote de la muger, es por derecho propio suyo, y como tal nadie puede restringir con miedo, violencia, ò imperio que induzga moral coactacion en la libertad de testar: luego la clausula absoluta, que no pueda testar Lucrecia Cataño, es iniqua, y torpe contra derecho natural.

Siendo la forma substancial del testamento la institucion de heredero, tan indivisible que consiste en vn preciso punto su ser; *Quia formæ sunt sicut nummeri*, como dizen los Metafisicos, y Jas. Consl. 8. Vol. 3. num. 24. *Forma enim substantialis, & essentialis testamenti videtur concludi in punto, & sic in vltima litera scripturæ testamenti.* Cum Bart. Joan. de Imolin. Raphael. Comen. in leg. si isqui ff. de testam. Y por esta causa; ni se puede quitar ni añadir à la forma. *Formæ nihil addi vel de trahi potest.* Secundum Bald. in leg. fin. in col. 3. C. de suis, & legit. y por esta causa, la omission culpa ò defecto por minimo que sea en la forma vicia, y destruye à todo; porque como esta sea la que dà forma à todo compuesto natural, artificial, ò legal, viciada esta el todo se destruye, y vicia: *Omissio formæ inqualibet parte minima viciat totum.* Ita Ant. de But. in cap. pisanis in 6. notavil. de restit. Spol. Y esto como essencial *Etiam respectu*

 actus

actus pii, & favorabilis Leg. qui Romæ ff. de verb. oblig. & Bald. in leg. testamentum non ideo in 2. notat. C. de testament. & in leg. si pupilus. in princip. ff. si certum petat. Luego siendo precisa la forma de la institucion. La legitima del hijo, y si no preterido, y nulo el testamento como queda dicho; por obiar este inconveniente es preciso sea nula la clausula de que no pueda testar pues siendo nula, en la parte que es propia, por indivisible la forma lo es en todo, y consiguientemente toda la disposicion subsiguiente, y fundada en ella.

Confirmase esto: porque las condiciones torpes ò impossibles novician la institucion *sed habentur pro non adiectis*, quando estas se juntan con la substancia del legado, le visian Spin. in specul. testam. glos. 20. num. 27. *Quando impossibilitas vel turpitudo in est substantiæ ipsius legati vitiatur legatum, & non valet.* Leg. apud Julianum §. constat. de legat. 1. leg. vnic. C. de his quæ. pœn. nomin. §. fin. inst. de legat. Sed sic est que de calidad se llega à esta substitucion; ò legado, y à su sustancia la torpe condicion de que no teste, que en ella consiste su subsistencia: como se ve en la palabra, *Y en tal caso herede el Monasterio, &c.* Luego como torpe, y contra derecho natural lo vicia todo.

Y para, que mas se convença con claro juicio la nulidad de toda esta disposicion condicional subsequuta à la pura (como dexamos dicho) es preciso concretar en el juicio las clausulas todas. La primera condicional es: *Con cargo, &c. de que se casse con el consenso de Doña Blanca mi Muger Polo Cataño, y de Juan Ponse su Tutor.* (Y quando muriò tenia esta Pupila veinte y nueve años como queda probado con el mismo testamento) Clausula 2. *Si muriere sin hijos no pueda testar.* Y lo relativo à estas es: *E si no cumpliere todo lo contenido arriba, ò exediere en cosa alguna mandò no aya ni herede cosa alguna.* Y prosigue: *En tal caso nombro, &c.* Conque esta substitucion, y nombramiento es en virtud de aquellas condiciones, si se casare *sin dichas licencias*, si se casare, *y no tuviere hijos no pueda testar.* Esta queda probada es torpe, y de iure reiecta, y tambien lo es la primera que se aya de casar con tres concensos, y licencias precedentes Alessio. expressa conclusion de Canonistas Jurist. y Teologos. Guill. Vened. in cap. Raynunt. verb. qui cum alia matrim. contrahens. num. 89. *Si nubere deberet arbitratu vel consensu Titij quia tunc necesse haberet sequi consensum (qui forte nunquam præstaretur) reijcitur conditio turpis veluti matrimonij inpeditiva, & valere relictum tanquam purum.* Leg. cum tale §. arbitratu, alias incipit rescriptum etiam arbitratu. ff. de cond. & demonstr. leg. turpia §. 1. ff. de legat. 1. Paul. de Castr. Cons. 88. incipit videtur dicendo quod dicta filia. Y la fundamental razon es, que el presupuesto de otro consenso necessario, es contra la libertad que pide el matrimonio Panorm. in cap. quod dei timorem in fin. de stat. Monach. La misma conclusion lleva Tomas Sanch. lib. 1. de matrim. disp. 34. num. 19. con Acosta in leg. dict. si arbitratu ampliat. fin. nu. 13. Suar. lib. 3. for. tit. de los casam. n. 21. & seqq. Molin. lib. 2. de prim. geni. cap. 13. n. 35. Gama dec. 314. ex Theologis Enrriquez lib. 11. de matrim. cap. 6. numer. 6. & cap. 12. n. 6. Molin. de iustit. & iur. tom. 1. tract. 2. disp. 207. Man. 1. tom. summ. & edit. cap. 133. & Sanch. sup. n. 22. Sien-

Siendo pues sentado en derecho, no se puede restringir ni limitar la falultad de testar, ni quitarla, como ni tampoco sugetar el libre consenso del matrimonio à otro arbitrio que al de los mismos contrayentes, son dos condiciones torpes, y pena de perder la herencia en que se fundan las substituciones; y no pudiendo ninguna de las dos condiciones (por ser contra derecho, y torpes) poner las por disposicion el testador, tampoco las pudo poner por condicion, ò pena, comun regla de derecho Jas. vol. 3. Cons. 82. cum regul. legis Seius, & Augerius ff. ad leg. falc. his verbis: *Traditur regula quod illud quod non valet nec potest fieri per testatorem per viam dispositionis si apponatur per viam conditionis pœnalis reijcitur conditio, & pæna habetur pro non adiecta.* Y ponen el exemplo de la misma ley; como si el mismo testador prohibiere la detraccion de la parte falcidia; que no puede ni deve por la ley, quod de bonis §. 1. ff. ad leg. falcid. y pusiesse por pena de su desordenada disposicion, que si la pedia el heredero à quien privaba la sacasse en pena à la inobediencia à su disposicion le privaba de la herencia; y en tal caso substituia à Seyo, y Cayo: La condicion, y pena no subsiste, y se desprecia en derecho, *& habetur pro non adiecta, quia scripta est in fraudem legis.* Ait. Bart. in dict. leg. & omnes scribentes ibi, & Bald. in leg. vnica in 7. q. ff. quæ pœn. nom. vbi ait: *quod quando pæna privationis hæreditatis est adiecta contra ius, certe si contrafiat, cessat illa pæna privationis* per expressam leg. Cerdonem. de oper. libitor. & Jas. sub. n. 9. cit. & seq.

Poniendose la privasion de herencia por pena, y condicion; en este caso repugnante à derecho (en ambas condiciones) y contra natural, y civil assi por el violento consenso presupuesto al matrimonio, como por la facultad de testar (sin facultad quitada) vna, y otra probadas su torpeza, y repugnancia, se convence con evidencia la multitud de toda la dicha disposicion subsiguiente, à la pura institucion. La qual debe ser, en todas partes resebida, pues previniendo su insubsistencia de derecho natural, y civil que favorece la libertad en ambas clausulas, y condiciones; vno mismo deve ser en todas partes el juicio, y la razon la da Ciceron. lib. 3. de repub. *Lex naturæ immurabilis est, cuius est interprers, & Lator Deus, neque hæc est alia Romæ alia Athenis, alia nunc, alia postea t neque per populum aut Senatum solvi potest.* Apud Amay. observat. iur. lib. 1. capit. 1. num. 44. in fin. cum Rosin. lib. 6. antiquitatib. capit. 16. circa fin.

No prueba menos nuestro intento: (y que la institucion de heredera en Lucrecia sea pura, y absoluta, y que sea la que debe subsistir sin atencion à la nulidad de las clausulas, por mal metodo, è ignorancia puestas; como consta de todo lo en ellas notado, y sus perplexidades, contradicciones è implicasiones en derecho) la clausula añadida à la institucion: *Como mejor forma, y via lugar aya en derecho.* Cuya clausula obra segun donde se pone, para que obre solide, y confirme de calidad que si se pone sobre todo el testamento vniversalmente, sobre palabras vniversales que à todas se refiere: Todas, y qualquiera de ellas las amplia, y si sobre vna sola aquella no mas. Fusar. q. 245. n. 72. ibi: *Adhoc*

vt

vt hæc clausula (idest meliori modo) operetur ; requiritur quod sit posita in ea parte testamenti, super qua cadit disputatio nisi tamen esset concepta verbis vniversalibus ad conservationem, & ampliationem cuiuslibet partis, quia tunc quod ad omnia operaretur. Cum Angel. in leg. fin. C. de codic. Alex. Conf. 50. col. fin. lib. 7. Ruyn. Conf. 11. col. fin. lib. 2. Menoch. Conf. 250. num. 120. & seqq. Prætor, de interpret. vltim. volunt. Y la razon es; porque *habet vim clausulæ codicilaris* Idem Fusar. num. 68. cum alijs plurib. alegat. Y por esta causa confirma geminando la disposicion Clement. 1. extr. de præbend. & Dec. in leg. precibus num. 18. C. de impuberib. Rip. in leg. Centurio vers. ego crederem. num. 82. ff. de Vulgar. Decian. Conf. 1. num. 308. Fusar. quæst. 260. Y esta es la razon porque solo en la clausula que se arrima, y en que se pone obra. Porque como solo en el codicilio aquello que se pone con relacion al testamento gemina, confirma, y amplia la clausula del testamento. Poniendose pues en el nuestro en la clausnla de substitucion de heredera solamente, y no en las substituciones : Luego aunque no tuviesse estas las nulidades de derecho por la geminada voluutad que la clausula induce, era bastante para congeturar è inferir, la voluntad del testador fue ; instituir à Lucrecia su hija natutal vniversal heredera pura, absoluta, y desnudamente.

Y porque: esta clausula *como mejor aya lugar de derecho* no dize otra cosa que vna voluntad expressa de conformarse con el municipal derecho de dõde testa como dexamos apuntado *vt quia dixisset Testador subcedit provt de jure intelligitur, de iure statuario.* Fusar. vbi sup. q. 481. num. 8. Menoch. conf. 95. num. 93. Mantic. de conject. lib. 4. tit. 10. num. 15. Peregrin. de fid. comm. art. 25. nu. 31. in fin. Dueñ. Axiomat. iur. Litter. T. vbi nu. 39. citat. Fusar. quæst. 311. nu. 42. & seqq. & quæst. 325. n. 9. & dict. quæst. 481. nu. 5. vbi ait: *Ius enim municipale potentius est iuri communi quod illud derogat.* Leg. omnis populi, & ibi communiter D.D. de iustic. & iur. Luego poniendo aquella clausula Pasqual Cataño, se quizo conformar con la ley 10. del Toro, como mas poderosa al derecho comun que le contrae en nuestra España, como queda dicho en los hijos naturales.

Y mas: quando esta clausula, en comun sentir de todos es æquivalente à esta *Si dispositio ita substineri non potest, substineatur secundum ea, quæ congruentius ex primi potuissent.* Menoch. conf. 314. num. 4. Mant. de conjet. lib. 5. tit. 14. nu. 11. & Fusar. quæst. 245. nu. 64. & seqq. Zefal. y conf. 423. esse æquivalente à que valga la institucion en el modo mejor que pueda: luego atendidas todas las circunstancias del testamento, y areglandolas à rigor de derecho, aviendo muerto Lucrecia Cataño *Doncella* fue legitima heredera de Pasqual Cataño su padre; no obstante las circunstancias de la clausula, tan incõsideradas, y refutidas por derecho: y fue la institucion pura, absoluta, y desnuda de calidad, q̃ *vt domina, & pleno iure*, pudo testar, y transmitirse la herencia en su heredero D. Franc. Perez de Gusman, y sus Descẽdientes, en quien se representa la persona de Lucrecia Cataño por ser todo lo mas conforme a derecho con opiniones las mas seguras, y probables, que se deven seguir en conciencia segun el Breve del S^r^. Inocencio XI. de las 65. Proposiciones die 2. Martii anno 1679. q̃ es la 2. propos. en q̃ se condena esta proposicion, *Proba-*

biliter

biliter existimo iudicem possit iudicare iuxta opinionem etiam minus probabilem. La qual se entiende en la sentencia difinitiva segun Torresill. Figueir. Lumb. Flozes. Carden. Fuente. Y todos los que han escrito sobre esta proposicion. Assi lo siento salvo, &c. Dado en este Colegio de San Acasio de esta Ciudad de Sevilla en 15. de Noviembre de 1711.

M. Fr. Miguel Carrega.

PARECER DEL LICENCIADO DON LUIS FERnandez de Valenzuela, Abogado de la Real Audiencia de Sevilla, y de pressos del Santo Tribunal de la Inquisicion.

HE mirado, y con grande espacio, y atencion leido el difuso, y muy docto papel antecedente escrito por el P. M. Fr. Miguel Carrega, del Orden de Nuestro Padre San Agustin en que muy por menor à la consulta que se le propuso, funda con grandes raçones, muchos textos de ambos derechos, y Autores de los mas selectos, y recebidos de las facultades de Canones, y Leyes, la validacion del testamento, y vltima disposicion de Lucrecia Cataño, sin embargo de averla instituido Pasqual Cataño su Padre Natural por vniversal heredera suya, debajo de las condiciones de averse de casar, *cum consensu, & arbitratu aliorum*, y de morir sin hijos, ò con ellos; para cuyos casos, hizo las disposiciones, y substituciones, que por menor se expressan; y hallo, no obstante, que la resolucion, y parecer à favor de la disposicion de la dicha Lucrecia dada en este papel, està con grandissimos fundamentos juridicos, y qualquier muy practico, y versado en la jurisprudencia, y en las materias diffusissimas, de interpretacion de vltimas voluntades, que son las mas sutiles, y delicadas de todo el derecho, no podrà adelantar, ni añadir cosa de substancia, à lo discurrido, apuntado, y fundado por dicho Padre Maestro; que aunque no es professor de esta facultad, sino de Sagrada Theologia, en que estàn consumado, como nadie ignora, se porta en dicho papel con tal conocimiento de la materia, y de los Autores aplicando los lugares, y textos con tanta proporcion, que no parece; sino que toda su vida, se ha dedicado exprofesso, à estudiar la jurisprudencia, y las questiones de la materia de interpretasion de vltimas voluntades; por cuya razon no hallando mi cortedad que adelantar, ni añadir, pues lo mas que pudiera acrecentarse, fuera citar otros Autores modernos mas, comprobantes de las conclusiones, y proposiciones fundadas; lo qual, no da mas fuerza à la solidez de dicho parecer; me conformo en todo con èl, y soy del mismo sentir, alegrandome, aver encontrado confirmacion tan docta al dictamen,

que tenia yo hecho desde el punto, que de palabra se me consultò este caso; que fue mucho antes, que à mis manos viniesse, para aprender, esta juridica defensa de la vltima disposicion testamentaria de la dicha Lucrecia Cataño, que la tengo por valida, y legitima, para excluir en el todo las substituciones, que en caso de contravension, previno Pasqual Cataño su Padre natural, en el testamento antes otorgado por el susodicho. Assi lo he sentido, y aora mucho mas me affirmo, y assseguro, &c. Sevilla, y Diziembre 18. de 1711. años.

Lic. D. Luis Fernandez de Valenzuela.

PARECER DEL LIC. D. BARTOLOME FRANcisco Pilares y Tejada, Abogado de la Real Audiencia de Sevilla.

AViendo visto el papel juridico escrito en favor del testamento de Lucrecia Cataño por el M. R. P. M. Fr. Miguel Carrega, Conventual en el Colegio de S. Acasio de la Heremitica Orden Augustiniana, con su acostumbrada erudiccion como docta resolucion, para que dè mi parecer; solo podrè dezir: que sus prendas publican merece lo que de S. Cypriano dixo Lactancio lib. 6. cap. 3. contra Gentiles: *Erat ingenio facili, copioso, suavi, & (quæ sermonis maxima est virtus) apperto vt discernere nequeas, vtrum ornatior, in eloquendo facilior in explicando, an potentior in persuadendo fuerit.* Como tambien manifiesta es vn vivo disseño del Santo Obispo Maximo de quien dize Eusebio Emisseno. hom. de B. Maximo. *Fuit is neglector quietis, appetitor laboris.* En lo suave, en lo claro, en lo facil, en lo eficaz, en lo eloquente, en lo copioso, y en lo menos presiador del sossiego, huyendo de su dulzura deleitosa, y apeteciendo el trabajo, todo es bien notorio en esta insigne Ciudad acreditado tanto en Pulpitos, y Cathedras, como en consultas, misticas, morales, y canonicas, en que doctamente en todas lineas ha logrado publicas aceptaciones, de que como ambicioso de estas tareas literarias ha puesto inquiebra la joya preciosa de la salud. Y assi contemplo al Autor mas proporcionado Antifonte: quien por su mucha prudencia, juicio, entendimiento, y alivio que en sus consejos hallavan los afligidos puso sobre la puerta de la officina publica que abriò aquel celebrado rotulo. *Cunctis afflictis salutaris, hic venditur medicina.* Que refiere Plutarco de vita Antifont. y assi conformandome con el parecer de el Autor digo lo que el otro poeta cantò:

Nihil non admirabile vidi.

Sevilla, y Diziembre 19. de 1711. años.

Lic. D. Bartolomè Francisco Pilares y Tejada.

PARECER DE LOS LICENCIADOS D. PHELIpe Martines Brizeño, D. Francisco Manuel de Arroyo, y de Don Francisco Antonio de Lora Abagados de la Real Audiencia de Sevilla.

HEmos visto el papel en derecho, que el M. R. P. M. Fr. Miguel Carrega, de el Sagrado Heremitico Orden de el Gran Padre San Agustin, en el Convento del Señor S. Acasio de esta Ciudad, ha dado à el publico, en que con la medula de el derecho ha controvertido, discurido, y difinido en la question delicada, que se le propuso, toda la difusa quanto grave materia de las vltimas voluntades, y de las substituciones, con vna resolutiva explicacion de tan elevado punto, que no ha dexado, ni la menor duda, en que pueda tropezar la subtil, quanto escrupulosa question, que se ha prevenido, ni cosa que se pueda adelantar en la materia sobre la validacion de el testamento de Lucrecia Cataño, en su bien colocada disposicion à favor de D. Francisco Perez de Guzman, su instituido; y reconociendo lo puntual de las doctrinas selectas, con que la exorna, y lo docto de las medidas aplicaciones, con que la viste, tenemos por osiosa nuestra aprobacion, dimanada de la cencura de que es incapaz por su ciencia tan profunda, como bien ordenada, quando la misma obra por si sola se consilia, en sus apresiadas circunstancias, la mas ingeniosa comprobacion, que se discurra, que lo que por heroico se manifiesta en si mismo, no necessita de pruebas, ò de aprobacion, que la califique, segun el comun axioma judicial, *Quod per se patet, &c.* En cuyos terminos admirando la destresa de su magisterio en ambas sillas, de que son tan repetidas las practicas experiencias, como fructuosos los doctissimos exemplares, no solo quedamos combenidos con las resoluciones de tan fundado papel, sino enseñados con las scientificas decisiones de tan aprobado Maestro, y assi conformandonos con el parecer ante-escrito, como de tan acertado consulto, lo sentimos, Salvo mejor juicio, à que libenter nos sujetamos; Sevilla, y Diziembre 19. de 1711. años.

Lic. D. Phelipe Martinez Brizeño.

Lic. D. Francisco Manuel de Arroyo.

Lic. D. Francisco Antonio de Lora.